

## **Notas de epistemología procesal. El conocimiento de los hechos: juez instructor/vista-oral en el proceso penal.**

### **Notes of procedural epistemological. The knowledge of the facts: investigating judge/oral hearing in the criminal process.**

**Francisco López Ruiz**

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Universidad de Alicante

Francisco.Lopez@ua.es

Fecha de Presentación: julio 2016. Fecha de Publicación: julio de 2016.

#### **Resumen.**

El presente trabajo realiza un análisis crítico del principio de inmediación en el proceso penal desde una perspectiva epistemológica. Frente a lo que pudiera parecer el análisis epistemológico aquí realizado no es externo al proceso penal sino necesariamente interno al mismo. Se analiza jurídica y epistemológicamente, tanto la función que se atribuye al principio de inmediación en el proceso penal, como enfatizando los equívocos que suscita su reducción a una dimensión fisiológico perceptiva. En segundo lugar pone de relieve algo esencial: no existe el conocimiento inmediato, todo conocimiento lo es, en la medida en que está mediado. Por esta razón los medios de prueba no pueden entenderse más que como mediaciones cognoscitivas. Finalmente, se destaca el verdadero papel de la inmediación en el proceso penal: ser la condición de posibilidad del debate contradictorio en que consiste el juicio oral.

## **Abstract.**

In this work we analyze, from an epistemological perspective, the doctrine of the progressive constitution of the criminal procedure's object. First of all, we defend the thesis that the criminal procedure is a totality whose parts cannot be separated but only dissociated and that from an internal point of view. Then, we analyze the status of the so called "procedural fact" as the very basis of the construction process of the procedure's object. Then, we make a legal and epistemological approach both to the function the criminal procedure attributes to the immediacy principle and to the main equivoques its reduction to a mere physiologic-perceptive dimension arises. At this point, we underline that immediate knowledge does not exist. Knowledge is always mediate knowledge and that is the reason why the evidence's means are just cognoscitive mediations. Finally, we highlight the true role immediacy plays in the criminal process: to be the possibility condition of the contradictory debate the oral process consists of.

## **Sumario**

### PREÁMBULO

1. EL HECHO Y EL OBJETO DEL PROCESO PENAL.
2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA INMEDIACIÓN.
3. UNA DISOCIACIÓN NECESARIA: INSTRUCCIÓN/VISTA ORAL.
4. PROLEPSIS Y ANAMNESIS DE LAS REGLAS.
5. LA INMEDIACIÓN Y LAS FASES DEL PROCESO.
6. INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS E INMEDIACIÓN.
7. ¿CONOCIMIENTO INMEDIATO?
8. CONCLUSIONES.

## Palabras clave

Apotético, paratético, instrucción, investigación, intermediación, mediación, juicio oral, prueba, prueba preconstituida.

## Keywords

Apothetic, parathetic, procedural fact, criminal procedure's object, instruction, investigation, immediate, mediation, oral procedure, evidence, pre-constituted evidence.

## PREÁMBULO.

En el momento actual se discute entre procesalistas, jueces, fiscales y estudiosos de orientaciones jurídico-políticas diferentes sobre el alcance del principio acusatorio en el proceso penal español, donde *las fases de instrucción y juicio oral se encomiendan a dos distintos órganos jurisdiccionales* y se prohíbe al órgano decisor realizar las funciones de parte acusadora, lo cual, mediante la deducción de la pretensión penal, vinculará la actividad decisoria del tribunal<sup>1</sup>.

El proceso penal español actual es tributario de planteamientos procesales en los que se mantenía *una clara y nítida separación entre la comprobación del hecho ("inquisitio generalis") y la imputación a su autor ("inquisitio specialis")*. Sólo si se comprobaba el hecho con cierta precisión era posible la indagación del autor. La distinción era y es tan nítida que la "inquisitio generalis" solía concluir con una resolución judicial específica sobre *la comprobación del hecho delictivo*.

El motivo de esta distinción *estructural del proceso penal respondía y responde a razones, ante todo, lógicas*: la comprobación penal debe seguir, por así decirlo, un "*ordo naturalis*" de los acontecimientos: *del hecho ilícito penal* (inicialmente, *hecho procesal*, aun no *tipo penal*, esto conviene destacarlo) remontarse a la eventual responsabilidad del autor<sup>2</sup>. Ciertamente, este

<sup>1</sup> Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 2015, Civitas, p 112

<sup>2</sup> "El art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos. El modelo del **Juez de instrucción** que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el del **Juez de garantías**, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el

esquema supone *separar lo que necesariamente está unido, la acción y su autor* y, por razones obvias, no se puede separar sólo disociar.

La especificidad del proceso penal en cuanto “*saber/poder*”<sup>3</sup> estriba en la compleja secuencia de *operaciones prácticas* (*actos procesales = operaciones prácticas*), que hay que realizar para *re-construir* un *hecho* pretérito de uno o varios sujetos por determinar. Estas operaciones procesales o *actos procesales* suponen que el “*hecho*” *objeto del proceso penal imputable* a uno o varios individuos, es *re-construido* a través de *secuencias* de operaciones o actos procesales, dado que se presenta a *distinta distancia espacio-temporal del juez instructor que del juzgador*, por esa razón, acertadamente, la dogmática procesal sostiene que hay una *delimitación progresiva del objeto del proceso*. El *punctum crucis* está en determinar con precisión a partir de *qué momento comienza la delimitación de un hecho u hechos con relevancia penal* y cuando se *ha delimitado definitivamente el objeto del proceso*.

Sin duda, este proceso de *delimitación progresiva* se inicia en la propia fase instructora/investigadora, sin ella ningún *proceso penal* como *totalidad* (dividida en partes), es posible.

Esto supuesto, los actos u operaciones procesales de carácter *instructor* funcionan como **mediaciones** entre la “*notitia criminis*” y el *juicio oral*. Esto no significa otra cosa que la praxis procesal está integrada por una cadena de actos u operaciones procesales que van *construyendo progresivamente el objeto del proceso* a través de distintas diligencias y que sólo pueden ser entendidas como *mediaciones*. Lógicamente, *mediación* se opone a *inmediación*. Conocimiento mediato a conocimiento inmediato.

---

*modelo vigente, en el cual es el Juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988 (STC 32/1994, fundamento jurídico 3.1). La opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas*. STC 41/1988 de 24 de febrero.

<sup>3</sup> Ferrajoli califica el proceso penal como un “*saber poder*”, esto es, un proceso de adquisición de conocimiento, siendo su resultado un ejercicio de poder sobre la persona objeto del proceso penal. “La clave de bóveda de un proceso penal garantista está en la administración de esas dos dimensiones de *saber/ poder*, a que se refiere Ferrajoli, con el principio de presunción de inocencia como clave de lectura”. Ibañez P. A.: “Garantismo y Proceso Penal”, (Sotomayor Acosta J. O. (Coordinador) *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá, 2006, p 146. Con anterioridad a Ferrajoli, Michel Foucault acuñó este término refiriéndose específicamente al *proceso penal*. Foucault, M. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 2011.

Con ello se quiere destacar en este trabajo cómo, un *principio procesal* esencial, tal como lo es el de *inmediación*, consolidado dogmática y jurisprudencialmente con un contenido muy preciso, sin embargo, cuando se analiza críticamente se advierte una cierta confusión acerca de *qué es realmente la inmediación* y *cómo se usa o ejercita en el proceso penal*.

Metodológicamente, creemos que es cuestión de coherencia expresar algunas de las tesis epistemológicas en las que descansa este trabajo.

En ese sentido, el concepto gnoseológico de **operación** se distingue por destacar la *conexión inescindible* entre las dimensiones *ejercitativa* y *representativa* de la acción<sup>4</sup>.

“Hablamos de acción, frente a mera conducta (que podría ser desarrollada por cualquier organismo animal) cuando *consideramos el hacer humano* de algún modo *inserto* en determinadas *estructuras abstractas* socioculturalmente acuñadas, pautas o reglas, en virtud de las cuales la conducta de los individuos pasa a quedar determinada positiva o negativamente como un segmento de la *praxis*. La *normatividad*, implica, pues, tanto el *ejercicio* de acciones u operaciones prácticas (operaciones normadas) cuanto *representación* de estas acciones como determinadas por normas”<sup>5</sup>.

Las normas son un modelo de estructuras prácticas (como la racionalidad normativa es un modelo de “razón práctica”) y lo son como *reglas operatorias*, es decir, prácticas estructuradas en las que se funden indisolublemente las dimensiones *ejercitativa* y *representativa*: las normas son *reglas prácticas* que encarnan cursos efectivos de acción, operaciones recursivas o repetidas cuya racionalidad específica, esto es, su dimensión *abstracta* o *representativa* no es ajena a la dimensión *ejercitativa*, ya sea porque se plasma directamente en ella, mediante operaciones materiales normadas, o porque se orienta a mantener esa recursividad normativa de la acción.

“La norma como ‘representación’ no sería, pues, sino la racionalización pragmática de la acción dirigida a convertirla en razón-guía de la práctica futura o razón justificativa de la práctica pasada. Una concepción de este tipo es materialista por cuanto liga la existencia de toda norma a operaciones reales producidas de modo inmanente al devenir de la acción social, descartando

---

<sup>4</sup> Sobre la distinción entre *ejercicio* y *representación*, cfr. Bueno, G.: *Teoría del cierre categorial*, Vol 5, Pentalfa, Oviedo, 1993, pp 185 y ss. Las cursivas son nuestras.

<sup>5</sup> Vega López, J, *Praxis y normatividad como criterio de científicidad de la “ciencia jurídica”*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 23, 2000, p 507.

*toda interpretación idealista que conduzca a la hipóstasis ontológica de las normas a título de entidades ideales autosubsistentes, entidades semántico lingüísticas, significados ideales dados en el uso performativo de los enunciados*<sup>6</sup>.

La clave es aquí comprender que *el aspecto lógico-representativo de la normatividad no es autónomo frente a la praxis normativa misma, sino que ha de vincularse a la ejecución de operaciones reflexivas* (la reflexividad en el contexto social presupone necesariamente las relaciones de simetría y transitividad, pues en caso contrario, la reflexividad queda convertida en puro *solipsismo*), llevadas a cabo por los sujetos y dirigidas a acciones materiales directas dotadas de sentido normativizado, positivo o negativo.

*El lenguaje resulta inseparable de una práctica social concreta: en el caso que nos ocupa, de la propia práctica aplicativa de normas en cuanto está institucionalizada. La jurisdicción por definición, supone sujetos operatorios; pues no hay representación de una norma al margen de los sujetos; de la misma forma que no es posible una interpretación práctica sin sujeto que interprete y, lo que es más relevante, no cabe un grado cero en la interpretación de una regla o de una práctica social, puesto que toda interpretación práctica conlleva la asunción del “punto de vista interno”. No se trata exactamente en el mismo sentido que Hart da a esta expresión, sino en que toda práctica social exige pragmáticamente un sujeto que la interprete, es decir, no existe una interpretación sin intérprete; en ese supuesto estaríamos ante prácticas y/o reglas ineficaces e inexistentes.*

Las normas *no sólo son enunciados relacionados internamente con una práctica social, sino que son ellos mismos internos a la práctica social, en el sentido de que su propia formulación forma parte siempre de un acto u operación que cae dentro de la práctica en cuestión*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Vega López, J., *Aproximación a la gnoseología del campo jurídico penal*. Estudios de Filosofía del Derecho Penal, (Díaz y García Conlledo, M. y García Amado, JA, Editores) Bogotá, 2006, p 46. Las cursivas son nuestras.

<sup>7</sup> “Si reconstruir una práctica en términos de ‘regla’ exige un juicio retrospectivo acerca de la historia de la misma, lo que supone partir de operaciones ya dadas o pretéritas dentro de una práctica en marcha, ese juicio se refiere justamente a una relación interna entre tales operaciones. La regla es una reconstrucción del sentido de la práctica en cuestión consistente en identificar el modo como las acciones singulares que la componen se refieren unas a otras precisamente en cuanto reiteraciones o repeticiones de un mismo modo de actuar recursivamente reproducido en un determinado contexto social. Hablar de una ‘regla’ implica, por tanto, el ejercicio de una abstracción respecto del curso ‘empírico’ de la práctica, puesto que, al menos desde una perspectiva realista o materialista, ésta consta únicamente de operaciones físico-materialmente ejercitadas” Vega, López, J. *Reglas y lenguaje sobre reglas. Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*. (Pérez Bermejo, JM y Rodilla M.A, Editores) 2007, Salamanca, p 141. La cursiva es nuestra.

En este sentido las normas *no pueden ser identificadas con significados, la significatividad de una norma no es reducible a su contenido semántico: dicho de otra manera, las normas tienen una dimensión lingüística pero no se las puede reducir al lenguaje o a su significado*. Las normas son entidades complejas *relacionadas internamente con las acciones y prácticas sociales y su significado está vinculado a operaciones extralingüísticas concatenadas teleológicamente*. El sentido de una norma consiste en el ejercicio de prácticas sociales que utilizan el lenguaje con fines externos a él mismo. Por tanto, resulta indisoluble de operaciones extra lingüísticas de los individuos en la realización de cursos de acción dotados de significado recursivo.

La dimensión *retrospectiva* es esencial en el proceso penal, en el que se enjuician acciones prácticas pretéritas; el pronunciamiento jurisdiccional sólo es pertinente, sólo puede tener sentido con relación a conductas pasadas, ya que la praxis judicial está dirigida a determinar o delimitar un fenómeno pasado que consta de un(os) hecho(s) irrepetible(s), singular(es) y concreto(s) que conformará(n) el supuesto de hecho de una regla. De esta forma la *reflexividad normativa* en el proceso penal aparece como el resultado de la *re-presentación* de cursos preexistentes de acción dados en el marco social que son reestructurados a un nuevo nivel de racionalidad, a saber, en un sistema clasificatorio o taxonómico consistente en incorporarlos selectivamente a través del binomio delito/no delito, típico/atípico específico del sistema penal.

*“El proceso judicial tiene la virtualidad de poder constatar la existencia de una o varias normas de forma retrospectiva, es decir, en la medida en que pueda acreditarse la efectividad de una pauta operatoria en el que un ‘tipo de acción’ se haya ‘cerrado’ ‘sobre el fondo social de una serie regular de operaciones impositivas y/o coactivas, de forma que la racionalidad normativa opera generalmente en el proceso ‘ex post facto’”<sup>8</sup>.*

## 1.- EL HECHO Y EL OBJETO DEL PROCESO PENAL.

El concepto de *hecho procesal como objeto del proceso penal* pone de relieve hasta qué punto la “acción típica” de la dogmática penal *no está dada a priori* sino que es *construida* en el devenir del proceso penal, es decir, que sólo tras la fase de *investigación/instrucción* se puede constatar si existe una “acción típica” y procede el “juicio de imputación” de unos hechos a un sujeto. No debemos soslayar que *calificar y acusar* son actos de clara naturaleza *procesal penal*, pues forman parte del *proceso de aplicación del Derecho*, por lo que *no* cabe incluirlos en las

---

<sup>8</sup> Vega López, *Aproximación*, O c, p 48. La cursiva es nuestra.

categorías de la dogmática penal. El penalista, la *dogmática penal interpreta, elabora teorías* pero *no* califica hechos, tampoco formula escritos de acusación. Es precisamente la existencia de *distintos planos de racionalidad práctica jurídica* la que hace necesaria la concatenación de los mismos -*dogmática penal* y *proceso penal*- para poder explicar correctamente la praxis procesal penal.

En la literatura procesal se enfatiza especialmente la existencia de una diferencia, a mi juicio esencial, entre el *hecho* en sentido jurídico-material, es decir, lo que sea un *hecho* para el Derecho penal, de aquello que sea el *hecho procesal*<sup>9</sup>, es decir, qué sea el *hecho* desde la perspectiva procesal, tema tratado habitualmente al estudiar el *objeto del proceso* y la *correlación entre acusación y sentencia* o congruencia.

Esta distinción es esencial, pues nos pone en presencia de dos planos o niveles de racionalidad jurídica concatenados pero diferentes, el penal y el procesal; o, dicho con mayor precisión, entre el nivel de *la legislación* penal y su racionalización taxonómico-sistemática (dogmática jurídico-penal, código penal) y el plano *procesal* penal o de *aplicación jurisdiccional* de la ley penal a través del proceso. Entre ambos planos o niveles hay diferencias sustanciales pero también una conexión necesaria.

Dada esa conexión entre ambos planos o niveles hay que advertir que con frecuencia se transita de uno a otro sin percibir que estamos en escalas de racionalidad práctica diferentes, y que lo que constituye la construcción central de uno, *el tipo delictivo* (en la *dogmática penal*), no es ni puede ser más que *una hipótesis provisional* para el otro (*proceso penal*), al menos en las fases de investigación/instrucción de la *práctica jurisdiccional*.

En lo que sigue voy a tratar de exponer, desde las anteriores coordenadas, las ideas maestras en torno al concepto de *hecho procesal*, entendido como *el núcleo de un conjunto de cursos operatorios distintos que dan lugar a la construcción del objeto del proceso penal*, y a los problemas que suscita.

Ya Gómez Orbaneja planteaba el problema en estos términos

---

<sup>9</sup> Gómez Orbaneja, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*. Barcelona, Bosch, 1951, tomo II, pp. 286-317 y *Derecho Procesal penal*, 7ª, Madrid, 1972, p 9; Soto Nieto, F, *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, Montecorvo 1979, pp19-21 y 225-229 y ss. De la Oliva Santos et al, *Derecho procesal Penal*, 8ª, Madrid, Ceura, 2011, pp 200 y ss; Montero Aroca et al, *Derecho Jurisdiccional, El Proceso Penal*. Tomo III, 23ª, 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, pp 120 -121. Calderón Cerezo, A y Choclan Montalvo, *Derecho Procesal Penal*, 2ª, Madrid 2005, Dykinson pp 141 y ss; Gimeno Sendra, V, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2012, Civitas pp 281 y ss.



“sería erróneo identificar ese *objeto* [del proceso] *por un título de delito y una pena determinada en el sentido de una ley penal sustantiva*. El *objeto* de cada concreto proceso, aquello de que se acusa en él a una persona y sobre lo que versa la actividad judicial y ha de pronunciarse la sentencia, es un **hecho** considerado como delito o falta, y *no una determinada figura delictiva ni una determinada consecuencia penal*. El concepto jurídico procesal de *hecho no coincide con el concepto jurídico sustantivo en el sentido del Código penal*. Si el objeto del proceso fuese un ‘crimen’ y no un ‘factum’, bastaría modificar el punto de vista jurídico, la calificación, para excluir la litispendencia o la cosa juzgada”<sup>10</sup>.

Con mayor proximidad temporal se Montero Aroca mantiene una tesis parecida:

“no hay duda en torno a que el objeto identificador *no puede ser el delito*, esto es, *un tipo del código penal o figura delictiva (factum no crimen)*, dado que se puede cambiar a lo largo del procedimiento preliminar o del juicio oral de delito-tipo que se imputa, sin que ello suponga modificación del hecho”[...]“el proceso penal adquiere sentido con referencia a un hecho típico, de modo que debe estarse a los elementos esenciales que conforman cada tipo en el código penal lo que permite *alterar las circunstancias de actividad, siempre, tiempo y lugar sin que existe modificación del hecho*”<sup>11</sup>.

En la doctrina alemana Roxin, lo expresa en las siguientes palabras

“Según la jurisprudencia y la doctrina dominante *el concepto procesal de hecho, es independiente en gran parte, del derecho material*”. Conforme a ello, *forman parte de un ‘hecho’, en primer lugar, independientemente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real del Derecho material*.

*El hecho no es fijado estáticamente por la acusación en su identidad, sino que es susceptible de modificaciones de cierta importancia*. El tribunal puede apreciarlo de otro modo no sólo jurídicamente, también puede considerar, en el marco del *objeto del proceso*, discrepancias

---

<sup>10</sup> Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal II*, volumen I, artículos 62 a 117, Barcelona, 1957, pp 290 y ss. *Derecho Procesal Penal*, 7ª, Madrid, 1972, p 7. Las cursivas y la negrita es nuestra.

<sup>11</sup> Montero Aroca, J.: *Proceso penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid 2008, pp 329-336. Las cursivas son nuestras.

fácticas de la acusación y del auto de apertura conocidos con posterioridad, en tanto en cuanto la sustancia del acontecimiento acusado permanezca intacta”.

“La indivisibilidad del objeto del proceso comprende al hecho en todo su sentido. El objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación como se presenta según el resultado del debate.

1. En *sentido fáctico*, el hecho comprende todas las acciones de preparación, concomitantes y posteriores.

2. En *sentido jurídico*: el proceso comprende el hecho bajo todos los puntos de vista jurídicos”<sup>12</sup>

En la literatura procesal<sup>13</sup> las dos teorías clásicas al respecto son:

La *teoría naturalista* postula que para determinar si existe identidad en el objeto del proceso entre la acusación y la sentencia, hay que prescindir de las consecuencias jurídicas del hecho y sólo tener en cuenta el acaecimiento, visto como un “trozo de la vida”, tomado en su integridad, como acontecimiento puramente natural. Para esta concepción la equivalencia está dada cuando hay una identidad entre el “hecho procesal” y el “acaecer histórico” o “trozo de la vida” atribuible a quién resulte imputado.

Para la *teoría normativa* el hecho objeto del proceso se correspondería con los actos de ejecución típicos planteados por la acusación. Sin embargo, la acusación no se puede formular sin los actos/diligencias procesales de investigación/instrucción. Lo relevante para el proceso penal no es el hecho natural o relato de un acontecimiento realmente producido, sino aquellos

---

<sup>12</sup> Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, (trad de G. E. Córdoba y D.R. Pastor) Buenos Aires, 2000, pp 160-162. La cursiva es nuestra.

<sup>13</sup> Nieva Fenoll, sostiene que esta tarea dogmática de determinación del objeto del proceso penal planteada desde las concepciones clásicas “se trata, sin duda de un esfuerzo muy poco fructífero, por no decir completamente estéril”. Fundamentalmente por la variabilidad y escasa estabilidad de los hechos y, por ende de las normas aplicables. No obstante, a efectos “didácticos” indica que la *imputación* sería el punto de partida en esa tarea de delimitar el objeto del proceso penal. “por estas razones, parece preferible utilizar la palabra *imputación* para identificar un momento o situación en los que nos podamos fijar fácilmente para describir el objeto de ese juicio”. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid-Buenos Aires- Montevideo, 2012, pp 26-27. La cursiva es nuestra.

hechos naturales fijados normativamente que integran el tipo legal a aplicar. El hecho quedará inalterable siempre que subsista su objeto normativo, esto es, la esencia del tipo penal de referencia.

Partiendo de estas dos concepciones la doctrina procesal suele ser unánime al sostener que el denominado *hecho* (procesal) es el mismo: 1. *Cuando existe una identidad parcial de los actos de los actos de ejecución típicos*; 2. *Cuando sin darse esa identidad sea el mismo objeto material del delito*.

Cuando hablamos de hecho procesal nos referimos a si estamos en presencia de un mismo hecho o, por el contrario, ante dos hechos semejantes que constituirán el objeto del proceso penal. Destaca González Navarro, refiriéndose a la concepción naturalista del hecho procesal: “El hecho que ofrece interés para la delimitación del objeto del proceso no es aquel que, con carácter general y abstracto, constituya uno de los tipos incluidos en la Parte Especial del Código Penal”<sup>14</sup>.

Lo expuesto anteriormente sólo puede tener sentido a la luz de la tesis de la “*configuración progresiva del objeto del proceso penal*” que no significa otra cosa que los hechos se re-construyen y este proceso de re-construcción comienza con la “*notitia criminis*” y los posteriores actos y diligencias de investigación e instrucción que conformaran el sumario. Sin ellas no puede haber juicio oral.

En el momento de producirse la “*notitia criminis*” sobre determinados “*hechos*”, estos se presentan a un nivel puramente *fenoménico* (*fenoménico* lo contraponemos a *esencial*, pero en ningún modo equivalente a la esencia en sentido tomista), se inicia el procedimiento de re-construcción de los mismos a través de la confluencia de cursos operatorios distintos tendente a presentarnos esos *hechos* en el plano *esencial*. De manera que puede afirmarse que la

---

<sup>14</sup> González Navarro, A. *Acusación y defensa en el proceso penal*. Barcelona, 2004, p 34 y ss. Cucarella Galiana, L.A.: *La correlación de Sentencia con la Acusación y la Defensa*. Cizur, 2003, pp 119 y ss. Por su parte, Prieto Castro, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1989, p 94, afirma “el primero y genuino objeto del proceso penal, su materia, es el acto o hecho que ha de ser enjuiciado en él, confrontándolo con los tipos establecidos en la ley penal”. “El primer problema que la ciencia del proceso tiene que plantearse en la teoría de la *identificación del objeto del proceso penal*, es si el *hecho punible* debe ser considerado *naturalística o jurídicamente*. En el hecho punible, el elemento principal es ese *elemento normativo que hace que aunque los elementos accidentales cambien, el hecho procesalmente sea el mismo*”. Gutiérrez de Cabiedes, E. “La correlación entre acusación y sentencia”, *Estudios de Derecho Procesal*. Pamplona, 1974, p 523 y ss.

*configuración progresiva del objeto del proceso penal*, epistemológicamente y ontológicamente, no consiste en otra cosa que en *la transformación de los hechos en cuanto fenómenos en esencias*<sup>15</sup>, *plano esencial*, que en nuestro caso está constituido por las *categorías jurídicas procesales y penales* en los que quedan absorbidos.

Como hemos señalado reiteradamente, el *objeto del proceso penal* se va delimitando progresivamente o escalonadamente a *través de la praxis judicial* inherente a las operaciones propias de cada fase del proceso: investigación/instrucción culminando en la conclusión del sumario y la apertura de juicio oral o bien con el sobreseimiento.

## 2.- UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA INMEDIACIÓN.

La inmediación ¿Designa una ubicación espacial del tribunal con respecto a las partes y en la práctica de la prueba en el juicio oral?, ¿Es pura y simple percepción sensorial exenta de razonamiento?, ¿Se trata de una forma de conocimiento específica del tribunal en la vista-oral? ¿O todas a la vez?<sup>16</sup>

La *segunda acepción* del término *inmediación* recogida en el Diccionario de la Real Academia, que es la estrictamente jurídica, se afirma: “*la presencia [física] de un juez o magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas*”. No obstante una adecuada comprensión de la *inmediación* nos remite a la “*cualidad de inmediato*”, el adjetivo *inmediato* nos habla de “*contiguo o muy cercano a algo o alguien*” justamente opuesto a *mediato* o *mediación*: *estar entre dos personas o cosas*; y por último, la tercera acepción designa “*proximidad a un lugar*”.

Si algo parece claro es que *inmediato* se opone a *mediato* o *mediado*. De manera que *mediato* o *mediado* implica que se *está en relación con otro término, persona o acción por intermedio de un tercero*, es decir, que *lo mediato o mediado es la relación que se establece entre dos elementos, personas o acciones a través de un tercer elemento* (término, acción, persona o cosa).

---

<sup>15</sup> La *esencia* sólo se da como género “**generado**” en su desarrollo. Las *esencias* sólo pueden establecerse a partir de los fenómenos, pero cuando quedan determinadas los **rebasan**.

<sup>16</sup> El DRAE ofrece las siguientes acepciones de *inmediación*: 1. *Cualidad de inmediato*; 2. *Presencia de un juez o magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas*; 3. *Proximidad en torno a un lugar*.

Esto supuesto, no cabe duda que el concepto *jurídico procesal* de *inmediación* implica *presencia física y proximidad* en un espacio (sala) y respecto a unas personas y unos actos (partes) por parte de un Tribunal y *contigüidad* por relación a ambos.

Lo que nos proponemos en este trabajo es demostrar que la *inmediación* entendida como *presencia* del tribunal y *contacto directo* del tribunal respecto a las *pruebas practicadas* en la sala sólo refleja, por así decir, sólo una de las dos caras de la *inmediación*.

*Inmediación*, en el proceso penal, ciertamente, remite a una presencia física de un sujeto, juez o tribunal. Ahora bien, presencia física ¿*ante qué o ante quién*? Pues no es lo mismo *presencia física* en un laboratorio, que en una sala de autopsias, que en una rueda de reconocimiento, en el interrogatorio de un testigo, en el visionado de un vídeo de unas cámaras de seguridad o en un cotejo lofoscópico, que en la *Sala* donde se desarrollará el juicio oral. Sólo a este último supuesto parecen denominar *inmediación* la doctrina y la jurisprudencia.

En este punto resulta de singular importancia enfatizar que en cualquier sistema procesal penal *quién juzga* se encuentra *distanciado* temporal y espacialmente del “*corpus delicti*” y de la “*notitia criminis*”, ésta podrá convertirse o no, en *objeto del proceso penal*, sólo a través de la *mediación* de la ***instrucción*** de un sumario, entendido aquí, como el *conjunto concatenado de operaciones interpuestas o secuencia de actos procesales* realizados desde el inicio de la *investigación/instrucción* sumarial hasta el cierre de la misma y/o entre la apertura del juicio oral y la sentencia.

Por tanto, desde la “*noticia criminis*” hasta la delimitación *definitiva* del *objeto del proceso penal*, en el *proceso penal* no hay otra cosa que una *cadena de mediaciones* de *actos u operaciones procesales articulados en fases o partes preclusivas* (instrucción, juicio oral).

Estos actos u operaciones procesales *no* son simples *enunciados lingüísticos*<sup>17</sup> sino que sucede justo al contrario, *la praxis procesal es la que produce los enunciados* dándose una inseparabilidad entre ambos.

Como ya hemos indicado al comienzo, nuestro proceso penal aparece claramente separado en dos fases: *instrucción/investigación* y *juicio oral*. La *instrucción* concluye con el cierre del sumario

---

<sup>17</sup> Tal como sostiene la doctrina analítica: Andrés Ibáñez, Beltrán, González Lagier, Gascón o Taruffo, por citar los más conocidos.

lo que implica la clausura de toda la praxis procesal instructora. La posterior “apertura de juicio oral”, si procede, parece funcionar “como si”, al menos epistemológicamente, se produjese la evacuación de todas las operaciones prácticas integrantes de la instrucción<sup>18</sup>.

Sin embargo, a pesar de esta separación radical entre instrucción y vista oral, el *tribunal* ante el que se desarrolla la *vista oral* trabajará necesariamente *dentro del marco* de la *instrucción* cristalizada en un *sumario* escrito. Las *operaciones de uno* (instructor) y *otro* (tribunal), son distintas a pesar de tratar del mismo material fáctico que se convertirá en *objeto del proceso penal*<sup>19</sup>.

Lo que trataremos de mostrar es que tales diferencias producen efectos esenciales en el proceso penal como son la *sustitución de los nexos apotéticos*, propios de la instrucción (relaciones a distancia *mediadas* por operaciones o actos procesales) por *nexos paratéticos*, específicos de la “*vista oral*”, se trata ahora de *nexos de contigüidad o relaciones de contacto* que van ligados internamente a través del *principio de inmediatez*<sup>20</sup>.

La *vista oral* es presentada como un escenario jurídico donde unos *jueces independientes* - insertos en una *tradición*, entendida como conjunto de conocimientos (*iura novit curia*)

---

<sup>18</sup> Lo que parece tener plena coherencia cuando desde una legítima *posición político-judicial (parcial)* se sostiene que es en el *juicio oral o plenario* el ámbito en que **el imputado recupera sus derechos como sujeto procesal** frente a la “*patente unilateralidad de la instrucción*”. Tesis que evidentemente no es nada inocente fundada en la idea de *parcialidad de la instrucción* y en la insinuada práctica de la arbitrariedad de los actos de investigación policial. Ibáñez Andrés, P.: “Sobre prueba y motivación”, en: Taruffo M, Andrés Ibáñez, P y Candau P Consideraciones sobre la prueba judicial. Madrid, 2009, p 59.

<sup>19</sup> La dogmática procesal, como hemos señalado, habla de *una configuración progresiva del objeto del proceso*. Gómez Orbaneja, E., O c; Banacloche Palao, J y Zarzalejos Nieto, J.: *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 3ª, Madrid, 2015. González Navarro, A, O c, p 61; De la Oliva Santos (et al), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2010, p 204; Ortego Pérez, F.: *El juicio de acusación*, Barcelona, 2007, pp 39y ss.

Pues bien, esta *configuración progresiva comienza*, no de “*lege data*” pero sí real y fácticamente en la *instrucción/investigación* y presupone ya, necesariamente, una *cierta configuración o interpretación* de lo que será el *objeto del proceso*. Podríamos afirmar que la *instrucción* se asemeja a lo que Dworkin en su *teoría interpretativa del Derecho* denomina fase *pre-interpretativa* o, siguiendo la hermenéutica gadameriana, que la instrucción supone una *necesaria anticipación del sentido*.

<sup>20</sup> Ver infra.

condicionados por su “background” de *pre-juicios*<sup>21</sup> (jurisprudencia interpretada de otros tribunales, criterios ideológico-valorativos -, dirigen el *debate contradictorio* y lo que es más importante, *presencian la práctica de las pruebas* a través de dos sentidos entendidos, sin precisión alguna, como meros *mecanismos fisiológicos* de la percepción: la *vista* y el *oído*. Esos jueces, los de la “*vista oral*” (ven y oyen), parecen estar sometidos al ralwsiano “*velo de la ignorancia*”, en todo concerniente a la diversidad y heterogeneidad de los *actos procesales* o *cursos operatorios que confluyen* en la fase de *instrucción/investigación*. Deben, y esto es de transcendental importancia, *desconocer los hechos* a los que sólo tienen acceso *mediatamente*, a través del *sumario* y después, supuestamente, de forma *inmediata* a través de la *vista-oral*. No otro es el sentido del principio: *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Sin embargo, la “*vista oral*” es presentada en la literatura procesal y en la propia jurisprudencia como la *objetivación de la racionalidad práctica*: la propia *idea de justicia* realizada ante un “auditorio cuasi-ideal” con una clara infravaloración de los actos y diligencias procesales de investigación e *instrucción del sumario*.

### 3.- UNA DISOCIACIÓN NECESARIA: INSTRUCCIÓN/VISTA ORAL.

¿Qué sentido tiene hablar de la instrucción penal en un trabajo sobre la *inmediación*? Todo.

La instrucción es el instrumento técnico jurídico para “*averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos*” (art 299 LEcrim). En este sentido, como indica la STC 32/1994 de 31 de enero [RTC 1994.32]

“Con independencia de la aportación de los hechos que pueden hacer las partes acusadoras o de las diligencias que pueden proponer en el curso de la instrucción es *al Juez de Instrucción* a

---

<sup>21</sup> En sentido hermenéutico. Gadamer, H. G. *Verdad y Método* (trad, A. Agud Aparicio y R de Agapito). Salamanca, 1984. Gadamer afirma que *quién quiere comprender un texto*, y añadiríamos nosotros, *un hecho u acción normativa, realiza siempre un proyectar*. Tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, *el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo*. “*No se lee el texto o interpreta un hecho en el vacío sino que cuando llegamos a él proyectamos toda una subjetividad, nuestra historia, nuestra formación, nuestros conocimientos previos y nuestra propia situación existencial*”.

Luego de rescatar un sentido positivo del *pre-juicio* en cuanto *pre-comprensión*, Gadamer reivindicará a los *pre-juicios* en tanto *condiciones indispensables para la comprensión*. Salamanca, 1984, pp 337 y ss. Hassemer, W: *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires, 2003, pp 84 y ss.



*quién corresponde la introducción del material de hecho en la fase instructora (art 306) haciendo uso de los medios los Títulos V a VIII LEcrim.*

Esta competencia sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez con otras autoridades que pueden actuar por delegación suya, con la Policía Judicial actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público. Y es independiente de su competencia exclusiva sobre aquellos actos de investigación o medidas cautelares que puedan entrañar alguna restricción de derechos fundamentales”

La pregunta surge espontáneamente: ¿hay *inmediación* en la fase de instrucción?

Si por *inmediación* se entiende exclusivamente *la presencia* de la autoridad judicial, del *juez instructor*, es evidente que existen diligencias donde el instructor está presente y otras en las que no lo está, por que en cualquier caso, su presencia es irrelevante. Así, por ejemplo, ¿qué aporta la presencia del instructor (*inmediación*) en un laboratorio donde se practican pruebas biológicas o en el Instituto Anatómico Forense donde se lleve a cabo una autopsia? ¿Qué *puede aportar la presencia judicial en un laboratorio o en un cotejo lofoscópico*? Nada. ¿Qué garantía procesal es trasgredida por la ausencia del instructor? *Ninguna*.

Quizá eso explique la naturaleza de prueba preconstituida de la autopsia, de los análisis de muestras biológicas o de balística y porqué tanto la *prueba pericial anticipada*, como la *preconstituida*, **no** *entran en el juicio oral como prueba pericial*, sino como **documental**<sup>22</sup> que debe ser oralizada. Sencillamente porque el **documento** en cuanto **texto**, constituye una **mediación** entre las operaciones llevadas a cabo por el o los peritos en el laboratorio o en la sala de autopsias y aquella *información* que es *oralizada ante el tribunal* y las partes en el juicio oral. Luego la **inmediación** *tiene lugar por relación* al **documento**, es decir, *el documento remite a una realidad extratextual* con respecto a la cual carece de sentido hablar de **inmediación** porque *no existió ni existe*.

Conviene destacar, por lo que luego se dirá, que es doctrina procesal dominante, que los *actos de investigación* realizados en la fase de instrucción *sin presencia* del Juez Instructor “*no tienen carácter procesal cualquiera que sea el momento en que se practiquen, sino más bien administrativo o extraprocesal*”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Gimeno Sendra, V. O c, 2ª, 2015 p 821.

<sup>23</sup> Miranda Estrampes, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona, 1997, p 93.



En el mismo sentido se pronuncia Ramos Méndez, el sumario tiene “*una naturaleza exclusivamente administrativa*”. Puesto que “*tampoco hay ejercicio de la jurisdicción aunque sea un órgano judicial el encargado de la instrucción*”<sup>24</sup>.

Y propósito del principio de *inmediación* Miranda Estrampes escribe: “la actividad probatoria debe transcurrir necesariamente en presencia del órgano jurisdiccional encargado de dictar sentencia. Dicho principio a la *relación que debe mediar entre el Tribunal que preside la práctica de las pruebas y los medios de prueba que aporten el material probatorio* de tal forma que dicha relación debe ser *inmediata* sin interposición de intermediarios”<sup>25</sup>.

Más radicalidad respecto a la función de la *instrucción*, que *no* de la *inmediación*, se muestra el autor de las siguientes líneas:

“En consecuencia, el coste orgánico es tremendo: supone mutar el *órgano jurisdiccional en un ente que actúa con arreglo a parámetros administrativos, no jurisdiccionales inherentes a una investigación inquisitiva no jurisdiccional* con lo que se le atribuye una funcionalidad totalmente alejada de la que le caracteriza constitucionalmente, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Surge así un modelo orgánico inconstitucional puesto que el órgano jurisdiccional no tiene atribuida por la Constitución el cometido de acusar y que, a la vez que mutante, tipifica la *instrucción* a través de un desvincijado puzzle orgánico en la medida en que el *cometido administrativo-no jurisdiccional de investigar y acusar en el órgano jurisdiccional no es constitucional*”<sup>26</sup>

Fácilmente se puede colegir de las anteriores citas una escasa propensión a considerar la instrucción sumarial como parte del proceso penal.

A pesar de las afirmaciones anteriores es preciso recordar que la reforma realizada en la LECrim en 2002:

---

<sup>24</sup> Ramos Méndez, F. *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978, p 305-306.

<sup>25</sup> Miranda Estrampes, M. O c, p 271.

<sup>26</sup> Lorca Navarrete, A. M. “¿Jueces instructores o jueces inquisidores?”, Diario La Ley, N° 7434, 29 de Junio de 2010. La cursiva es nuestra.

“sin mencionarlo expresamente, permite inferir una nueva fase en el proceso penal, toma cuerpo formalmente en nuestro Derecho, la *fase policial* en la que la Policía Judicial asume el papel exclusivo de *investigar el delito*” [...] “se confirma la progresiva *anglosajonización* del proceso penal español y se eleva a la categoría de legal que la investigación del crimen en la práctica realmente es función policial y no fiscal y mucho menos judicial” [...] “Realmente *el proceso penal comienza* cuando se formula una *acusación* contra una persona determinada por un hecho criminal concreto. Pero para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie, a veces muy complicada, de actos de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores, que fundamenten así la posterior acusación”<sup>27</sup>.

El poder de actuación de un juez instructor es muy amplio y la incoación de una *instrucción* siempre debe responder al *conocimiento* de un hecho delictivo, la *notitia criminis* por lo que la *instrucción* debe responder a la *preexistencia de un hecho* o, al menos, de la información de un *hecho, con apariencia delictiva*, porque esto es lo que justifica el ejercicio del poder jurídico puesto en manos del Juez. ¿Cómo puede tener el juez *conocimiento* de la realización de un hecho potencialmente delictivo?

En este punto se suele suscitar la cuestión de establecer las diferencias entre los *actos de investigación* de los *actos de instrucción* siendo los primeros extraprocesales respecto de los segundos, que lo serían sólo mediando la intervención del juez instructor.

La *instrucción* y la *investigación criminal* son dos actividades distintas, aunque pueden resultar asimiladas cuando las realice el mismo sujeto: el Juez de Instrucción, que según nuestro Derecho procesal penal es el competente para la *instrucción* de los delitos.

Sin embargo, la *investigación de los delitos* es *materia policial*. Sobre todo, cuando esta investigación está cada vez más ligada a las disciplinas *criminalísticas*, que no criminológicas, lo que ha provocado la emergencia de la policía científica como rama específica de la policía judicial con entidad propia o incardinada en la estructura de aquélla.

La policía realiza dos tipos de funciones denominadas *pre-procesales* atribuidas *legalmente* a la *policía judicial* y que concretaremos en: a) las *diligencias pre-procesales* realizadas a *prevención*, y que tienen el fin esencial de asegurar a las personas relacionadas con el delito y las futuras

---

<sup>27</sup> Montero Aroca (et al), *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III. Proceso Penal. 23ª, Valencia, 2015 p 132.

fuentes de prueba, y *b) las diligencias pre-procesales de investigación*, cuya pretensión es la de descubrir al autor del delito y sus circunstancias.

Las diligencias realizadas *a modo de prevención* son comunes a todo tipo de procedimiento y se realizan *sin previa orden de la autoridad judicial o del ministerio fiscal*, ya que son anteriores a la iniciación de la fase de *instrucción*. Su razón de ser es *la urgencia* de llevar a cabo ciertos actos que posteriormente, si se esperara a la intervención judicial, *podrían devenir irrepetibles*.

O, lo que es igual, la legitimación de la policía judicial para estas actuaciones viene dada por la existencia del *riesgo que existe para la investigación* de que desaparezcan restos, vestigios, huellas del hecho delictivo o cualquier elemento que pueda contribuir a formar el razonamiento sobre el hecho y su autoría (fuentes de prueba). *Por ello, la policía judicial podrá proceder a la recogida de pruebas en tanto no exista procedimiento judicial y la autoridad judicial no haya tenido conocimiento de la perpetración del hecho delictivo directamente o a través del consiguiente atestado*<sup>28</sup>.

Las *diligencias* de investigación de la policía judicial tienen por finalidad la *verificación* de la existencia de un *hecho delictivo* y la *determinación de su autor o autores*, por ende, *no podrá existir juicio oral sin investigación/instrucción previas*.

Como señala González i Jiménez<sup>29</sup> algunas sentencias del TC han equiparado investigación e instrucción<sup>30</sup>. No obstante, reconociendo las diferencias entre ambos tipos de actos procesales u operaciones no se pueden escindir totalmente del proceso penal como veremos enseguida.

---

<sup>28</sup> El artículo 286 de la LECrim dispone que, cuando el *juez de instrucción* se presentase a formar el sumario, *cesarán las diligencias de prevención* que estuviere practicando cualquier Autoridad o agente de Policía, debiendo entregarlas al Juez en el acto, así como los efectos relativos al delito que hubiese recogido, poniendo a su disposición a los detenidos si los hubiese. La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se refiere en su art. 11.1 g) a la función de *“investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”*.

<sup>29</sup> González i Jiménez, A, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Barcelona, 2014, p 94.

<sup>30</sup> Por lo demás, no puede dejar de constatar que la base fáctica de la alegación de amparo no es tan sólida como la demanda da a entender, pues numerosas diligencias fueron adoptadas por el Juzgado a petición del Fiscal, como consta en las resoluciones traídas a colación por la propia demanda de amparo [F.J. 14]. 8. La Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas (SSTC 163/1986, 20/1987 y 17/1988), que a la acusación que da lugar al

El *proceso penal*, y esto es básico, puede analizarse dividiéndolo en fases o partes, pero esto solo es posible *suponiendo la existencia del proceso penal como un todo*, como una *totalidad*, en la que sólo por referencia a la misma *cobran sentido sus partes*. De manera que sólo considerando *el todo por la parte (juicio oral)* se puede negar que la *investigación/instrucción* sea una *parte formal*<sup>31</sup> de la *totalidad* denominada *proceso penal*. Y es que éste, necesariamente, presupone como cualquier *totalidad* unas relaciones específicas entre el *todo* y *sus partes*. Sólo desde una *concepción de la totalidad se pueden determinar sus partes*<sup>32</sup>.

---

inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o de aseguramiento (SSTC 20/1987, 135/1989 y 41/1997). Como declaramos en esta última Sentencia, “al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases -iniciación (STC 111/1995), imputación judicial (STC 153/1989), adopción de medidas cautelares (STC 108/1994), Sentencia condenatoria (SSTC 31/1981, 229/1991 y 259/1994), derecho al recurso (STC 190/1994), etc.-, se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece” [...] “*Cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado, el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado* (art. 789.3 L.E.Crim.) STC Nº 41/1998 de 24 de febrero, Sala 1ª. En parecido sentido STC 145/1988 de 12 de julio y 32/1994 de 31 de enero.

<sup>31</sup> Adviértase aquí que la idea de *parte formal* se usa en sentido *lógico-gnoseológico* y *no jurídico*. Las *partes formales* son aquellas partes de un todo que conservan dependencia de la “figura total”, de suerte que *el todo*, ya sea sustancialmente, ya sea esencialmente pueda ser reconstruido o al menos codeterminado por esas *partes formales*. Las *partes formales* son aquellas que conservan la forma del todo, pero no porque las partes se le parezcan, sino porque es posible en principio reconstruirlo (o por lo menos codeterminarlo) a partir de sus partes. Es el caso de los fragmentos de un jarrón que se ha roto. Las partes formales se contraponen a las partes materiales, o sea, aquellas que no mantienen la forma del todo. Las *partes materiales* de un jarrón serían en este caso el conjunto de moléculas que lo constituyen a partir de las cuales es imposible reconstruir el todo.

<sup>32</sup> Considerando la *instrucción* como una *totalidad atributiva* y, diremos que un *todo atributivo* o *totalidad atributiva* es un conjunto de partes o una multiplicidad de partes, que están entre sí vinculadas por relaciones tales como *contigüidad, causalidad, interacción*, relaciones que pueden ser estáticas o dinámicas. Estos *todos atributivos* suponen *partes extra partes*, que están vinculadas las unas con las otras. Estas *totalidades atributivas* pueden ser *isológicas* (partes uniformes entre sí, por ejemplo, las partículas de un lingote de oro) o *heterológicas*, por ejemplo, las *partes heterogéneas* que forman una cara o rostro (los ojos, la boca, la nariz son partes distintas de la cara). Mientras que los *todos distributivos* son aquellos todos, generalmente *isológicos*, en donde las partes participan del todo con independencia las unas de las otras, sin perjuicio de que puedan estar vinculadas. Un ejemplo rápido: si hablamos de ciudadanos de un Estado, sometidos a un Código penal donde cada delito es “*in abstracto*” potencialmente imputable a un ciudadano en particular, en este contexto los ciudadanos forman una *totalidad distributiva* y, los ciudadanos forman una *totalidad distributiva* con respecto a la *taxonomía de delitos* que implica el código penal.

Esto supuesto, frente a una parte importante de la doctrina procesal que consideran que *la investigación y la instrucción judicial* no forma parte del *proceso penal* por entender que éste se ejercita exclusivamente en el *juicio oral*, entendido como el conjunto de las operaciones llevadas a cabo *en la sede física del tribunal* sentenciador, en la Sala en que se celebra la “*vista oral*”, *excluyendo*, por tanto, del proceso penal la *labor investigadora del juez instructor y de la policía judicial* (pues el juez o tribunal de la “*vista-oral*” no investiga), cabría hacer las siguientes precisiones.

Este planteamiento es erróneo por considerar el “*juicio oral*” o el *juicio jurisdiccional* como un todo o una *totalidad* autónoma y subsistente por sí mismo cuando *son precisamente* las partes de esa ***totalidad*** denominada *proceso penal* las que articuladas atributivamente y distributivamente conforman el *todo: proceso penal*, no sólo normativamente, sino también lógica y gnoseológicamente. *El juicio oral es una fase o una parte del proceso penal.*

¿Acaso tendría sentido un *juicio oral*, un *debate contradictorio*, sin un *sumario* y el conjunto de las operaciones instructoras e investigadoras que lo integran? No. En consecuencia, afirmar que el *proceso penal* es sólo el *juicio oral* y la investigación es pre-procesal o que el *sumario* tiene naturaleza puramente administrativa llevan a una *petición de principio*: *¿el juicio oral sobre qué materia versa si evacuamos del proceso penal la investigación/instrucción?*

¿Cabe un *debate contradictorio* si previamente no existe una *investigación/instrucción*? Categóricamente no.

En el proceso penal las operaciones investigadoras<sup>33</sup> y/o diligencias instructoras necesariamente *nos remiten normativamente al debate contradictorio que constituye el juicio oral* y este, se desarrolla por relación a las operaciones instructoras e investigadoras en un proceso dialéctico a través del cual se configura el proceso penal como totalidad dialéctica.

---

La relación entre los todos atributivos y los todos distributivos tiene un alcance extraordinario, ya que no son dos tipos de totalidades separadas, puesto que están involucradas las unas en las otras.

<sup>33</sup> Es en este conjunto de actividades donde se suele obrar “*ex contactu*” (*contacto inmediato*), *con restos, vestigios*, etc, del delito.

Uno de los errores esenciales, al menos desde una *epistemología constructivista* en el ámbito del *proceso penal*, es establecer una *separación tajante* entre la *instrucción* y la “*vista oral*” puesto que entre ambas sólo cabe **la disociación**, pero no la **separación**.

Hablamos de **separación** cuando las partes *componentes de un todo* (*proceso penal*) o de un sistema *pueden mantenerse independientes las unas de las otras*; hablamos de **disociación** cuando la distinción entre partes o componentes de un todo, aunque *no permita la separación*, sí *permite reconocer una independencia de escala, ritmo, etc., entre las partes o componentes disociados*<sup>34</sup>.

Pues bien, entre los actos procesales de *instrucción* y los de la “*vista oral*” **no** cabe **separación** sino **disociación**, si existiese *separación* cada uno podría subsistir con autonomía e independencia propia del otro. La *disociación* puede mostrar como *partes disociadas* aparecen como partes genéticamente inseparables lo son, sin embargo, de un proceso único. Así, la “*notitia criminis*” aparecerá inicialmente *disociada* de los *tipos* que aparecen en el *código penal*, de la misma manera que el **proceso penal** es **disociable** pero **no separable del derecho penal** sustantivo. Este es, quizá, el ejemplo más relevante de lo que queremos decir cuando distinguimos entre **separación** y **disociación**. Sólo partiendo de la idea de que entre el *derecho penal material* o sustantivo y el *derecho procesal penal* **no** cabe **separación** práctica sino sólo **disociación** se puede explicar las relaciones mutuas.

De otra parte, lo esencial del *juicio oral* es que en él cobran sentido los principios de *inmediación*, *concentración*, *contradicción*, *oralidad*, etc, que gobiernan el debate contradictorio entre las partes (acusación y defensa), en presencia del tribunal juzgador. Estos principios *no* siempre están presentes en la *investigación/instrucción*, fase donde se inicia la re-construcción de los hechos sobre la que posteriormente cabe formular una acusación.

Sin embargo, desde una *perspectiva epistemológica*, entender que el *proceso penal* sólo está constituido por el “*juicio-oral*” desarrollado en Sala o en el “*plenario*”<sup>35</sup> lleva implícito de forma necesaria, la *ficción* de considerar *como presente lo que no lo está ni podría estarlo* (por ejemplo,

---

<sup>34</sup> García Sierra, P. “Postulado de corporeidad holística: totatio / partitio / disociabilidad / separabilidad” *Diccionario filosófico*. Manual de materialismo filosófico, Una introducción analítica. Oviedo, 2000.

<sup>35</sup> Véase las tesis de Ramos Méndez y Miranda Estampres citadas más arriba acerca de la *naturaleza administrativa* y no procesal de los actos de *instrucción/investigación*.

unos supuestos “*hechos históricos*” que, por definición, *si son históricos no pueden estar presentes*<sup>36</sup>) y si lo están no es más que gracias a la *instrucción plasmada en un sumario*. Este (el sumario), actúa como *mediación* entre los *hechos pretéritos* y la *vista-oral* (sentidos de la *vista* y el *oído* exclusivamente) en la que se enjuiciarán los *hechos* y sólo los *hechos* que constan en el mismo.

Entender el *proceso penal* como lo que tiene lugar *físicamente en la Sala* implica una concepción claramente *reduccionista* del mismo y, además *supone ignorar* que en ese espacio/tiempo propio de la *vista-oral*, del *juicio oral*, están *incorporados, haciéndose presentes* a través de representaciones, *otras operaciones y otros espacios y tiempos pretéritos*, los cuales, de no ser considerados como “*partes formales*” del *propio proceso penal*, harían que el espacio y tiempo procesal de la “*vista oral*”, de la *Sala*, no tuviese sentido alguno, es decir, que las *operaciones realizadas en Sala* careciesen por completo de un *sistema de referencias*, sin el cual se estaría hablando en y desde el vacío lo que no dejaría de ser un puro sinsentido. Por tanto, la *investigación e instrucción* son normativamente y epistemológicamente *partes formales* del *proceso penal*, sin ellas el “*juicio oral*” es un *conjunto vacío*, puesto que lo único que define a un conjunto son sus elementos.

La *instrucción/investigación* es *parte formal* del *proceso penal* de la misma manera que la *anestesia* es *parte formal* de una intervención quirúrgica, o el plano del arquitecto es *parte formal* de la construcción, pero esas *operaciones previas* son condiciones necesarias incorporadas a la cirugía o la construcción arquitectónica misma, es más, sólo si están realizadas es posible la operación quirúrgica o la construcción.

Lo considerado *extra-procesal*, por la jurisprudencia y determinada dogmática, *tiene que estar necesariamente incorporado en el proceso, en el juicio o “vista oral”, para que este pueda tener lugar*<sup>37</sup> de lo contrario es juicio oral es una pura “*hipótesis*”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Por esa razón los epistemólogos analíticos recurren a los “*enunciados sobre hechos*” como eventual *nexo* de conexión entre *hechos* pretéritos y la práctica de la prueba en el juicio oral, obviado que esta conexión sólo es posible teniendo en cuenta que la *praxis operatoria previa* desborda el plano lingüístico y, por ende, la conexión no puede ser semántica sino pragmática.

<sup>37</sup> *El proceso penal norteamericano* se inicia cuando se formula la acusación contra una persona por una persona concreta. “ahora bien, para llegar a ese punto, es decir, a acusar, es preciso que se realicen una serie de actuaciones previas, y en particular, que se practiquen los actos de investigación, una vez se conoce materialmente la existencia del delito, v. gr., por denuncia de la víctima. Estas actuaciones se rigen en la práctica por muchas normas administrativas y, sobre todo, de carácter técnico, pues es la Policía quien realiza la mayor parte de las



Las siguientes y categóricas afirmaciones, paradójicamente de un *juez instructor*, nos sitúan en el núcleo del problema.

*“¿Qué significa esto? Que la investigación criminal es pre-procesal. El juicio comienza cuando las partes debaten ante el juez, **no** mientras están empeñadas en una tarea detectivesca. La pesquisa penal no es ‘proceso’ es otra cosa”.*

*La investigación tiene sentido para acusar. Luego debe ser la parte acusadora la que la emprenda. ¿Y si lo hace un juez? Se dará carta de naturaleza a los prejuicios de un funcionario público que no ha sido democráticamente elegido. La ciencia actual ha demostrado que la investigación no es una actividad neutral, sino que está preñada de pre- comprensiones ideológicas”<sup>39</sup>.*

El autor citado nos informa que si es el *juez instructor*, aquel que investiga, cuestión por cierto discutible (pues el juez puede dirigir la investigación y controlarla pero el juez instructor no suele investigar sino atribuir tal responsabilidad a la policía judicial), ¡”se dará carta de naturaleza a los prejuicios de un funcionario público que no ha sido democráticamente elegido”! ¿Acaso los juzgadores, es decir, el Tribunal de la “*vista oral*” carecen de prejuicios<sup>40</sup>, de ideología, están ubicados en una habermasiana “*situación ideal de diálogo*”?

Entender el proceso penal únicamente como el conjunto de operaciones u actos procesales que tiene lugar en la Sala, en el “*juicio oral*”, supone, epistemológica y ontológicamente, constituir en un “**todo**” (totalidad) lo que no deja de ser una “**parte formal**”, que exige necesariamente la

---

diligencias de investigación previas a la acusación. No son Derecho Administrativo sino que esas normas y el conjunto que conforman son parte del proceso penal, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo Federal norteamericano siempre que ha tenido ocasión”. Gómez Colomer, J.L (coordinador). *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia, 2013, p 184.

<sup>38</sup> Hipótesis es utilizado aquí como sinónimo de metafísica, en tanto que *sustancialización* de los conceptos respecto a su génesis material.

<sup>39</sup> Villegas Fernández, J M. *Fiscal investigador contra juez instructor. La lógica de la investigación criminal*. Madrid, 2012, p114.

<sup>40</sup> Nótese que ahora hablamos de *prejuicios* y no de *pre-juicio*. Son completamente distintos el *prefijo*, marca la diferencia entre el primero, un sentido usual de *ideología*, el segundo su sentido en el contexto en la filosofía *hermenéutica* que hace del *pre-juicio* condición de la interpretación.



presencia de otras “*partes formales*”, la *investigación e instrucción*, en la “*vista oral*” en la medida en que ambas actúan como **mediaciones** entre las partes en el “*juicio oral*”.

Cuando hablamos, epistemológicamente, de *espacio-tiempo procesal* no estamos refiriéndonos a aquello que tiene lugar en la Sala durante la “*vista oral*” sino que el *proceso penal*, precisamente en cuanto que es *procesual*, tiene que actualizar necesariamente operaciones acaecidas en espacios y tiempos externos y pretéritos a la Sala, al “*juicio oral*”; por ejemplo, las operaciones o actos de instrucción, sin que ello suponga afirmar que son las mismas operaciones. La *vista oral* está necesariamente mediada por las operaciones llevadas a cabo en la instrucción.

Epistemológicamente, la idea de *inmediación* que maneja la dogmática procesal y la jurisprudencia es reduccionista pues implicaría que las únicas y verdaderas *operaciones procesales, jurisdiccionales*, son aquellas vinculadas fisiológicamente a los sentidos de la visión (*vista*) y de la audición (*oído*) del juez o tribunal que ve y escucha (*inmediación*) en un escenario denominado Sala.

Si hablamos de *lectura de informes, actas o documentos* ya **no** hay *inmediación* dado que el *texto o documento o informe*, constituye siempre una **mediación** entre el **sujeto** (magistrado) que lee u oye (interpreta), y aquello a lo que el *texto (objeto)* remite, es decir, a la realidad **extra-textual**<sup>41</sup>

El *informe pericial escrito* y oralizado en la vista oral, en cuanto *texto o documento* no es otra cosa que una *mediación textual u oral* que remite a las operaciones reales **extra-textuales**

---

<sup>41</sup> “Tanto la *prueba pericial anticipada*, como la *preconstituida*, no entran en el *juicio oral* como *prueba pericial*, sino como *documental*. Tendrán carácter de *prueba documental* los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas») con la relevante peculiaridad de que no puede el tribunal, sin más, proceder a un examen de oficio de tales informes recogidos en los oportunos documentos oficiales, esto es, no resulta de aplicación el art. 726, sino lo dispuesto en el art. 730, conforme al cual ‘podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral’. Para que el tribunal pueda, pues, fundar su sentencia en tales documentos públicos constitutivos de una *prueba pericial anticipada o preconstituida*, se hace necesario proceder a la lectura de dichos informes en el juicio oral. Gimeno Sendra, V. O c, p 821. La cursiva es nuestra

realizadas, pongamos por caso en un laboratorio, con respecto a las cuales no tiene sentido alguno hablar de **inmediación**. La *inmediación* se produce respecto al texto o documento pero **no** cabe hablar de la misma, pongamos por caso, respecto de las operaciones reales llevadas a cabo en el laboratorio que se presentan a distancia del juicio oral y por tanto del Tribunal y de las partes.

Podría pensarse, que la tesis sostenida aquí, confunde *fuentes de prueba* con *medios de prueba*. En descargo de tal argumento puede afirmarse que la distinción entre *fuentes* y *medios de prueba* es una distinción puramente conceptual puesto que *fuentes de prueba* y *medios de prueba* son dos caras de la misma moneda.

#### 4.- PROLEPSIS Y ANAMNESIS DE LAS REGLAS.

El primer paso, la primera fase (procesal o pre-procesal) está constituida por los actos o diligencias de investigación, normalmente realizados por la policía judicial, cuya finalidad es el esclarecimiento de los hechos: esos actos o acciones prácticas constituyen ya operaciones de segundo grado (praxis policial, fiscal e instructora) por referencia a las de primer grado llevadas a cabo por un sujeto operatorio que posteriormente podrá ser calificado como autor y que puede estar inicialmente indeterminado, como también lo está el tipo penal hasta que se formula la acusación.

Es precisamente esa distancia espacio-temporal la que neutraliza la posibilidad de operaciones “ex contactu” y la que hace necesario que en la instrucción del proceso penal, en sus cursos operatorios, las relaciones sean “apotéticas”<sup>42</sup> o a distancia. En el proceso se establecen diferentes tipos de operaciones que corresponden a escalas distintas de conducta operatoria: así hablamos de operaciones de segundo grado, de la policía judicial o del instructor con respecto a la praxis primaria del sujeto temático (autor) u operaciones de primer grado.

*Prima facie*, el trabajo de investigación, sea policial, judicial o ambas, incluye necesariamente una praxis operatoria proléptica (πρόληψις) que conlleva una representación de una acción pasada y esto sólo es posible por anamnesis (ἀνάμνησις) de reglas, planes o programas

---

<sup>42</sup> Bueno, G.: “En torno al concepto de ‘Ciencias Humanas’. La distinción entre metodologías  $\alpha$ operatorias y  $\beta$  operatorias”. O c.

institucionalizados. La *prolepsis* procede de la *anamnesis*<sup>43</sup>. La *prolepsis* (πρόληψις) la ponemos en el mismo momento en el cual las operaciones o diligencias de investigación tienden a seleccionar y clasificar cursos de acción primarios a la luz de una representación operatoria de segundo grado. Cuando un segmento de acción ejercitado en el pasado pide ser clasificado en función del bien jurídico lesionado o de algún tipo penal, tal clasificación sólo es posible mediante la *prolepsis* de una representación normativa que es la que hace posible la re-construcción de los hechos y, en definitiva, la re-construcción de la “quaestio facti” en conexión interna con la “quaestio iuris”, es decir, en virtud de un nexo metalógico se articula la conexión interna entre los principios “da mihi factum, dabo tibi ius” y “iura novit curia” que delimitan el caso.

El concepto estricto de *prolepsis* (πρόληψις) se nos da así como un concepto ligado inmediatamente al concepto de norma o regla.

“La conducta operatoria no sería siempre proléptica, al menos en el sentido estricto de las *prólepsis* humanas. Habría que distinguir la conducta operatoria puramente apotética (podíamos hablar de *prólepsis* en un sentido amplio) y la conducta que además es proléptica en su sentido estricto y que sería la que propiamente es teleológico-causal, con “representación del fin”. Una representación que, según hemos dicho, no puede serlo del fin en cuanto referido a objeto futuro, que no existe, pero sí de un objeto apotético presente de la misma clase y que ya ha sido percibido, *anamnesis* (ἀνάμνησις). La *prólepsis* la ponemos en el mismo momento en el cual el objeto apotético enclasado, para ser reconstruido, como una norma, plan o programa, tiene que segregar a otros objetos que intersectan necesariamente con los de su clase. Esta segregación hace que el plan se constituya internamente como norma. El concepto de *prólepsis* humana o estricta se nos da así como un concepto ligado inmediatamente al concepto de norma o regla. Toda *prólepsis* humana es normativa, aunque lo sea en diferentes grados<sup>44</sup>.

En toda su praxis operatoria existe una *teleología inmanente* a la misma. En el proceso penal se da una composición entre el referente factual y el fin de la investigación, en la fase de instrucción primero y en la “vista oral” después, que tiene lugar por la *mediación* de un sujeto operatorio: eso

---

<sup>43</sup> Una **representación** no puede serlo del fin en cuanto referido al objeto futuro, que no existe, pero sí de un objeto apotético presente de la misma clase y que ya ha sido percibido (*anamnesis*). El hombre de Neanderthal **no se representaba** el hacha que iba a construir; sus manos van dirigidas, no por el hacha futura, sino por alguna forma pretérita: la *prólepsis* procede de la *anamnesis*. Dicho de otro modo: no es la representación intencional del hacha futura lo que dirige la ejecución de la obra, sino la percepción del hacha pretérita”. Bueno. G.: *Ensayo de una Teoría antropológica de las Ceremonias*. El Basilisco, 1ª época, nº 16, 1984, pp 8-37.

<sup>44</sup> Ibidem. *Cursiva nuestra*

hace que podamos hablar de *fin proléptico*, de forma que esos sujetos operatorios (policía, fiscal o instructor), es suficiente con que *se representen un análogo del resultado* a través de las diferentes diligencias procesales hasta que se formule el correspondiente escrito de acusación. En esta situación, el fin, como *fin proléptico*, alcanza un significado causal, puesto que ahora el fin comienza a ser algo más que una reestructuración de las partes de un todo que se presenta inicialmente fracturado o descompuesto. *El fin* -no referido a un futuro inexistente- *asume ahora el papel de un factor causal que interviene en la conformación del resultado de la instrucción e incluso del proceso mismo*. Tal cuestión es determinante en el sentido de plantearnos cuál sea el núcleo central de la epistemología procesal.

Dada la conjugación entre el derecho material o sustantivo y el derecho procesal, no resulta impropio preguntarse por una supuesta obviedad: *¿Cuál es el papel de las reglas sustantivas en el proceso penal?*

Las primeras fases del proceso penal, investigación e instrucción (a cargo, respectivamente, de la policía judicial, el fiscal y el instructor), están orientadas a la determinación y selección de las operaciones realizadas por un sujeto operatorio primario (autor); en estas fases *la norma sustantiva penal* desempeñará una función diferente producto de su *doble faz*, **retrospectiva y prospectiva**. Así *las distintas diligencias u operaciones procesales están ligadas internamente a las propias reglas procesales, pero en el marco de la investigación e instrucción procesal* las normas procesales resultan insuficientes para la determinación y selección precisa de los *hechos objeto del proceso* y, en definitiva, de la construcción de la “*questio facti*”, por lo que requieren una *conexión con las representaciones propias de las reglas sustantivas*. Esa y no otra es la razón por la cual *las diligencias de investigación exigen desde el primer momento una conexión representativa proléptica con una o varias reglas sustantivas penales*, al menos de forma hipotética y provisional. Se trata de una conexión de diferentes secuencias operatorias ( $x_1, x_2, x_3$ ) que deben conectarse *necesaria, pero alternativa o disyuntivamente*, a alguna o a varias reglas sustantivas contenidas en la legislación penal, *pero a ninguna en particular*, al menos mientras no se concluyan los actos de investigación, por esta razón es necesaria la existencia de la *instrucción*. Sin esa representación *proléptica* a través de la *anamnesis* (ἀνάμνησις) de las figuras de los *tipos penales* no es posible dar sentido a todos los actos de instrucción e incluso determinar que pruebas son más o menos pertinentes.

Este doble juego de reglas *procesales* y *sustantivas* constituye una de las razones por la cual los procesalistas al analizar *el objeto del proceso penal* reconducen la categoría a los denominados *hechos procesales* tratando de diferenciar estos de la *acción típica* categoría propia del derecho

penal, que ya implica una taxonomía muy elaborada, vinculándola más bien a una categoría procesal más flexible como es la *calificación*. Tal distinción, como hemos visto, tiene un fundamento objetivo, a saber, hablamos de *hecho procesal* mientras que las diligencias de investigación e instrucción no permitan una *determinación jurídica de los hechos* al menos indiciariamente. El instructor no sólo *valora* a la luz de los datos, sino que además, propone o puede proponer la realización de nuevas diligencias para corroborar o no una determinada hipótesis, por tanto, *el instructor* valora y califica jurídicamente aunque de forma indiciaria en *el auto de procesamiento*, por mucho que la ley reserve las calificaciones para la “*vista oral*”. Por esa razón, porque el *instructor* valora con “*conocimiento de causa*”, se le considerara *contaminado*.

La *calificación* es una operación *estrictamente procesal* propia y específica de cada procedimiento individual y singular; sin embargo, y *esto es esencial*, los actos y diligencias de averiguación del delito y del delincuente sólo se pueden llevar a cabo teniendo en cuenta la *valoración del resultado* de la acción u omisión y/o el bien jurídico lesionado y esto sólo resulta factible desde la anticipación (prolepsis) de uno o varios tipos penales.

## 5.- LA INMEDIACIÓN Y LAS FASES DEL PROCESO.

Entenderemos que en toda la praxis procesal penal habrá que contar siempre de algún modo, con las *operaciones de aproximación y separación* en sentido estricto, de elementos o partes fisicalistas (simples o complejos) que lo integran.

Esto significa que en el proceso penal existen tanto *las operaciones de aproximación* como de *separación* (por ejemplo, cierre de la instrucción sumarial, apertura del juicio oral, etc) de los contenidos que afectarán al objeto del proceso, lo que implica la existencia de relaciones sui generis de *distancia*. Se trata no sólo de una *distancia* espacio/temporal, sino también de distancia en sentido gnoseológico. La *distancia* que media entre la “*notitia criminis*” y los *actos u operaciones de averiguación del delito*, las diversas diligencias llevadas a cabo por el instructor (actos procesales) se presentan a distancia de las *calificaciones definitivas planteadas en el juicio oral* y estas de la sentencia.

Por esa razón se habla de la *construcción progresiva del objeto del proceso*, pues tratamos de establecer cómo se configura el *hecho*, entendido como *objeto del proceso* en sentido amplio. La

cuestión es cuál es el momento *preclusivo* máximo para aportar al proceso *elementos fácticos constitutivos de su objeto*. A nadie puede pasar desapercibido que puesto que en materia penal los *hechos* suelen *aparecer ocultos* a la mirada judicial *el proceso* constituirá precisamente el medio para su esclarecimiento. A este respecto puede afirmarse que *el proceso penal* constituye, sin lugar a dudas, el *instrumento de construcción de su propio objeto*<sup>45</sup>.

Los hechos pueden introducirse en el proceso tanto de oficio como a instancia de parte. Puesto que la LECrim establece la facultad-deber del Juez Instructor de iniciar las investigaciones cuando a él lleguen noticias de la comisión de un *hecho* que pueda revestir los caracteres de delito y este conocimiento *puede alcanzarlo por sí mismo o por medio de otro sujeto*, cuando sea él mismo quien tenga conocimiento directo de la existencia de estos indicios dictará auto de incoación de sumario e inmediatamente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal. En cambio, si es otro sujeto quien comunica al Juez la “*notitia criminis*” éste deberá realizar un previo **enjuiciamiento** de la misma antes de dictar la resolución citada<sup>46</sup>.

Ahora bien, como hemos tratado en los párrafos anteriores, en el ámbito del proceso penal tanto *las operaciones de aproximación* como *la separación* de los contenidos implican relaciones sui generis de *distancia*. Se trata de una *distancia* espacio/temporal. La *distancia* entre las diversas *operaciones*, la *distancia* que existe entre la “*notitia criminis*”, las diligencias del instructor y la determinación de *la tipicidad de la acción*, son un clase de relaciones esenciales<sup>47</sup> que se

---

<sup>45</sup> En parecido sentido, aunque con una conclusión que no podemos compartir se expresa Ramos Méndez: “*El delito jurídicamente no existe si no es a través de la sentencia que así configura las alegaciones fácticas producidas en el proceso penal. Sin proceso no hay delito, ni pena y por lo tanto, tampoco derecho penal*”. Ramos Méndez: O c, p 301.

Esta última afirmación constituye un despropósito pues, por la misma razón, sin derecho sustantivo *no puede haber derecho procesal* pues *este último existe en cuanto medio de aplicación del derecho sustantivo* Por esa razón todo derecho procesal lleva un adjetivo que lo modula: administrativo, civil, penal, laboral, etc. El autor citado *confunde* los dos planos constitutivos de la racionalidad jurídica: *la legislación* y *la jurisdicción*; el nivel de los *casos genéricos* (“el que matare a otro”) y el nivel de los *casos individuales* (“Ticio mató a Cayo”). Planos conexos pero claramente distintos, al menos desde la dogmática iuspublicista alemana del siglo XIX y que constituyen uno de los ejes vertebradores de la “Teoría Pura del Derecho” de Kelsen. Por otra parte, ¿En qué consiste sino la el modelo de Derecho que M. Weber denominó como “formal racional”?

<sup>46</sup> Pérez Morales Galdana, M. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Murcia, 2013, pp 53 y ss.

<sup>47</sup> No se trata de una relación mental o psicológica.



despliegan en el proceso penal ( relación terciogenérica mundo tres popperiano, tercer género de materialidad: Bueno) porque ellas incluyen un tipo de presencia (co-presencia) *entre elementos que están distanciados*: “*notitia criminis*”, *intruccucción, práctica de las pruebas, sentencia, que se va construyendo progresivamente* a través de sucesivos **actos procesales**.. La “*notitia criminis*” y las calificaciones definitivas *están vinculadas* a través de una *concatenación o sucesión de actos procesales que no son más que una cadena de mediaciones* normativizadas entre ambas.

“Designaremos como presencia “*apotética*” a este tipo de presencia a “*distancia gnoseológica*” {απο = lejos), y la diferenciaremos de la presencia *paratética que es la presencia física, definible por la contigüidad, en el sentido físico*<sup>48</sup>.

“*Apotético*” designará la posición fenomenológica característica de los objetos que percibimos en nuestro “mundo entorno” en tanto *se nos ofrecen a distancia*, con evacuación de las cosas interpuestas, que, sin embargo, hay que admitir para dar cuenta de las cadenas causales, supuesto el rechazo de las acciones a distancia. Ejemplo de este tipo de relación es la que se da entre la “*notitia criminis*” y la *sentencia* en el proceso penal.

De otra parte, para hablar de las cuestiones implicadas en una *relación de contigüidad*, o presencia “*paratética*”, sería precisa una acción física “*ex contactu*” entre los términos o elementos. Supuesto que, como ya hemos afirmado, no existe la acción a distancia (la contigüidad, según esto, habría que entenderla como una relación física, como negación de la distancia, si se quiere como negación de una negación) en tanto que la distancia es, a su vez, la negación de acción inmediata. Las relaciones “*paratéticas*” o de *contigüidad* así entendidas, encontrarían su lugar en la denominada “*vista ora*” o proceso penal presidido por los *principios de contradicción e inmediatez*, en la que el tribunal enjuicia y valora, dando por evacuados todos los cursos operatorios propios de la fase de instrucción que determinarán la construcción del *objeto del proceso penal*.

---

<sup>48</sup> Bueno, G.: “En torno al concepto de “ciencias humanas”. La distinción entre metodologías operatorias y operatorias”. El Basilisco, 1ª, N° 2, Oviedo 1978, p 28.



En este punto, la relación entre las conexiones “*paratéticas*” con el principio de *inmediación* nos parecen evidentes. Basta recurrir a la distinción de Goldschmidt<sup>49</sup> entre *inmediación subjetiva o formal* y *objetiva o material* para percatarse de su vínculo con las conexiones citadas. “De acuerdo con la primera, se trata de garantizar que *el juzgador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo*, para lo cual es ineludible su *presencia continua en la práctica de los medios probatorios*. En el segundo de los sentidos, *la inmediación garantiza que el juez adquiera su convicción a través de aquellos medios de prueba que se encuentren en más directa relación con el hecho que se pretende probar*”. Fácilmente se puede intuir la conexión de la distinción de Goldschmidt sobre la *inmediación* con la distinción entre nexos “*paratéticos*”.

Las relaciones “*apotéticas*” son entonces el único marco en el cual cobran sentido las operaciones de la *aproximación* y la *separación* de las que consta el proceso penal. La aproximación, porque sólo los términos que previamente se daban a distancia pueden ser aproximados, vía investigación/instrucción (de dos términos que estuviesen dados en contigüidad permanente, solidarios el uno del otro, no podría decirse que se hubieran aproximado). La separación, porque ella misma constituye el desarrollo de las relaciones “*apotéticas*” específicas de un proceso penal dividido en dos fases: instrucción y “*vista oral*”. Partiendo de elementos o términos “*apotéticamente*” relacionados podríamos decir que su aproximación operatoria tiende a negar la relación de distancia convirtiéndola, en el límite, en contigüidad: es el caso de la “*vista oral*”. En la “*vista-oral*” se realiza, en cierto sentido, una suspensión del “*pre-juicio*”<sup>50</sup>, que supone todo el procedimiento instructor.

Dicho en otros términos, en el proceso penal los operadores jurídicos, en particular *el juez instructor* en cuanto sujeto titular de un poder normativo y sujeto temático, pero no sólo él, la policía judicial es esencial en este punto, ha de *re-construir* lo que jurídicamente está “*deconstruido*” y se *presenta a distancia*, es decir, ha de *re-construir* el material fáctico convirtiéndolo en un *hecho procesal* que pueda convertirse en *objeto* del proceso penal.

---

<sup>49</sup> Goldschmidt, J. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona, 1935, pp 95 y ss.

<sup>50</sup> En sentido hermenéutico. Gadamer, H. “Verdad y Método”, O c. p 337.



Esto supuesto, la *diferencia epistemológica* entre la *instrucción* y la *vista oral* vendría dada por el tipo de operaciones que se realizan en uno y otro escenario espacio/temporal. Mientras en la *vista oral* las operaciones jurídicas se realizan en virtud de relaciones de *contigüidad e inmediatez* (**nexos paratéticos**), que exigen la presencia corpórea de las partes procesales para configurar un debate contradictorio. Por el contrario, en la *instrucción*, las relaciones están dadas a distancia estando **mediadas por una sucesión de actos procesales (nexos apotéticos)**. El *hecho objeto del proceso*, es *reconstruido* progresivamente, a través de la *mediación* de cursos operatorios normativizados (diligencias), que envuelven a los propios sujetos operatorios (inspecciones oculares, toma de huellas, autopsias, documentos, pericias científicas, entrada y registro, etc)<sup>51</sup>, dando lugar al *sumario* en el que confluyen distintas secuencias operatorias formando una totalidad.

En este punto, podemos afirmar que las *disciplinas criminalísticas*, los saberes forenses, están internamente incorporados al proceso penal y en particular a la *fase instructora* del mismo, es decir, no son elementos externos al proceso sino que sólo tienen sentido en el contexto determinante que es el proceso penal por cuanto suministran o aportan *fuentes y medios* de prueba al proceso mismo.

---

<sup>51</sup> “Es decir, al operar, como lo hace el juez, en el marco de un sistema escalonado de instancias, hay siempre un primer momento de **máxima contigüidad** al segmento de experiencia jurídica sometido a su consideración. En él, se hace preciso entrar **-con el lenguaje como único vehículo-** en relación directa con los sujetos implicados, con las diversas fuentes de prueba; tomar contacto con la situación a examen, recibiendo así todo un cúmulo de informaciones que deben ser tratadas procesalmente, tamizadas en el juego de las reglas del método probatorio, evaluadas en función de su mayor o menor relevancia o aptitud *para integrar un supuesto de hecho, en cuya construcción como tal el que enjuicia participa de manera activa*”.

“El tratamiento judicial de los hechos se produce ya, y desde el primer momento, *sub specie iuris* y en el marco de alguna o algunas hipótesis normativas, que actúan a modo de hilo conductor y circunscriben el desarrollo del proceso en tanto que proceso de adquisición de conocimiento, delimitando al mismo tiempo el espacio de la interpretación. Que es, pues, como escribió Frank, *también interpretación de los hechos de los diversos discursos acerca de los mismos que confluyen en el juez*”.

Andrés Ibañez, P. “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 15-16, 1994 Volumen II, p 866-867. *Obsérvese que el autor establece una **conexión necesaria entre contigüidad y relación directa con los sujetos implicados y las demás fuentes de prueba**. Por definición **contigüidad implica contacto directo**, esto es, **inmediatez**. Cabe formularse algunas preguntas al respecto: ¿**existe o es posible el conocimiento inmediato**? ¿Cabe hablar del lenguaje como algo distinto separable de las operaciones práctico-normativas?*

*El juez o tribunal de la “vista oral” y las partes, tampoco pueden obrar “ex contactu”,<sup>52</sup> ni con el hecho o hechos objeto del proceso, ni respecto a las pruebas preconstituídas. Por lo tanto, hablar de inmediación no deja de ser, en el mejor de los casos, una licencia del lenguaje: pues no existe conocimiento inmediato alguno, salvo quizá, la experiencia mística, que por definición no es intersubjetivamente válida. Más bien parece que el principio de inmediación no fuera otra cosa que un “expediente” metafísico e ideológico destinado a lograr una fisiológica (vista/oído) “convicción judicial”<sup>53</sup> formada por la presencia corpórea (inmediata) de las partes, en la que estas llevan a cabo un discurso contradictorio a partir de la cual el tribunal procederá a la valoración de las pruebas oralizadas en la Sala.*

La concepción del principio de inmediación en la doctrina procesal y en la jurisprudencia es prácticamente uniforme<sup>54</sup> y suele tomar como punto de partida la distinción antes citada de Goldschmit. Así por ejemplo Miranda Estampres:

*“el principio de inmediación probatoria debe analizarse desde una doble óptica: subjetiva y objetiva; conforme a la primera se trata de garantizar que el juzgador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios. Desde el punto de vista objetivo, la inmediación garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendada por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar. El principio de inmediación es la base del juicio oral y de la prueba practicada en él, de modo que sólo podrá dictar sentencia el Juez o Magistrado que haya presenciado efectivamente la prueba en el juicio oral”<sup>55</sup>.*

---

<sup>52</sup> Precisamente lo que se trata de demostrar o verificar en el proceso penal es si el acusado o acusados **obrarón por contacto**.

<sup>53</sup> De la misma manera que existe una psicología del testimonio tendría especial interés una psicología judicial.

<sup>54</sup> “Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre algunos procesalistas que escriben la época pre-constitucional de los que lo hacen con posterioridad. “Aunque en rigor el [principio de inmediación] exigiría que el juez que instruye sea el mismo que falla, razones de orden sistemático acusatorio imponen su separación, lo que no obsta para que el principio se conserve íntegro en la concentración plenaria, y además se parte de la *factio iuris*, de prolongarse en los jueces que fallan la autoridad del que instruye, en cuanto a la autenticidad de las diligencias autorizadas éste”. Jiménez Asenjo, E. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1950, Volumen I, p 107.

<sup>55</sup> Miranda Estapres, M, O c, p 293. En parecido sentido Moreno Catena y Cortés Domínguez: *Derecho Procesal Penal*, 7ª, Valencia, p 414.

En parecido sentido se pronunciaba Fenech, pero haciendo explícito que la *inmediación* “es un **grado en la escala de percepción**”<sup>56</sup>, lo cual no deja lugar a dudas, la *inmediación* es “*percepción sensible*”, es decir, nos remite a la *fisiología sensitiva del juez* a sus órganos *visuales y auditivos*<sup>57</sup>.

Por su parte Montero Aroca se manifiesta en análogo sentido enfatizando el aspecto *perceptivo sensorial* de la *inmediación*:

“Con frecuencia se utiliza la palabra *inmediación* cuando en realidad se quiere hablar de imposición legal de que el juez presida el acto de práctica de la prueba, sin perjuicio de que luego pueda ser otro juez el que dicte sentencia. Es necesario distinguir entre la verdadera *inmediación* y esa presencia del juez, que son cosas muy distintas. La *inmediación* sólo existe cuando quién dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo **visto y oído**, y no con el reflejo documental del acto de prueba”<sup>58</sup>

Asencio Mellado<sup>59</sup> refiriéndose a la *inmediación en sentido objetivo* (Goldschmit) afirma:

“El fundamento, específicamente del aspecto objetivo, reside en que su cumplimiento garantiza la obtención de una impresión completa e inmediata del medio de prueba en tanto que, como ya dijimos, el acta en la que se plasma el resultado de una diligencia sumarial no sólo se opone a ese contacto directo, sino que, incluso; contiene siempre, aunque lo sea de forma inconsciente, componentes interpretativos del pensamiento del interrogado por parte del interrogador. Por tanto, es la *práctica personal de la pruebas* la única que garantiza la espontaneidad, genuinidad y completud de la prueba y permite una valoración total de su resultado. En este sentido, el artículo 741 de la LECrim, al consagrar el principio de la prueba

<sup>56</sup> Fenech, M. *El Proceso Penal*, Madrid, 1978, p 91. Las cursivas y negritas son nuestras.

<sup>57</sup> Esta concepción fisiológica de la *inmediación* se reitera con frecuencia en la doctrina: “La **percepción sensorial inmediata** de la actividad probatoria debe redundar en una mejor ilustración de los hechos objeto de debate y en el mayor acierto en la resolución judicial”. Seoane Spiegelberg, J.L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000. Disposiciones generales y Presunciones*, 2ª, 2007, Cizur, p 231. En la doctrina clásica italiana Florian se pronuncia en parecido sentido: “*aprehensión del objeto de prueba*” y “*percepción del objeto de prueba*”. Florian, E., *De las Pruebas Penales*, (traducción de J. Guerrero), 2002, Bogotá, Vol I, p 172.

<sup>58</sup> Montero Aroca, J. *Derecho Jurisdiccional* Tomo I. Parte General. 23ª, Valencia 2015, p 300. La cursiva y la negrita es nuestra.

<sup>59</sup> Asencio Mellado, J Mª, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, 1989, p160 y ss. La cursiva es nuestra.

circunscrita al juicio oral pretende, entre otros extremos, asegurar la vigencia de la *inmediación* por vía de exigir la asunción por el órgano sentenciador de la *impresión personal* que le reporta la prueba, en especial en los casos de *pruebas testificales*".

"La *declaración personal de un testigo no puede ser suplida sin más por la lectura de un acta escrita*, y ello no sólo por contraponerse al principio de *inmediación*, sino además por no ajustarse al deber de esclarecimiento que incumbe a los órganos jurisdiccionales".

En el último párrafo citado, el autor, se refiere a la *inmediación* en la prueba testifical, como *percepción sensible*, frente al *acta* que es precisamente una *mediación*.

Evidentemente, las anteriores afirmaciones se compadece mal con la idea de que el juez tiene que interpretar y valorar las pruebas, y mucho menos con la motivación judicial de la sentencia actividades todas ellas que presuponen el ejercicio de la *racionalidad práctica* que por definición es un *conocimiento discursivo mediado o mediato* que presupone una actividad interpretativa.

Con la claridad que le caracteriza, indica Igartua:

"Valorar la prueba supone percibir los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Puede extrañar esta definición, que se refiere únicamente a la '**percepción**' de esos resultados, porque puede echarse de menos el '*análisis*' que encierra *toda actividad valorativa*. Sin embargo, lo anterior se comprende mucho mejor si se capta que *para **percibir es necesario haber interpretado** al mismo tiempo*. Es decir, *aquello que **no se interpreta**, simplemente **no se ve**, es decir, pasa desapercibido*. En cambio, *aquello que ha sido objeto de percepción se sabe lo que es, justamente porque se **ha interpretado** e identificado*. Por tanto, con la valoración de la prueba lo único que es necesario es que el Juez perciba los resultados que arroje cada medio de prueba. Si es capaz de hacerlo, habrá entendido lo que implicaba la práctica de dichos medios y estará en condiciones de dictar sentencia. Es también por ello por lo que ciertamente es precisa la **inmediación**, aunque no en la absurda medida que se está afirmando últimamente"

<sup>60</sup>

La *percepción sensible* que implica la *inmediación* sólo tiene sentido si se entiende que todo conocimiento humano es un conocimiento que presupone la *conceptualización* y la *interpretación*, e *interpretar* es un proceso *cognoscitivo* realizado desde una determinada teoría o

---

<sup>60</sup> Igartua Salaverria, J., "El nombre de la "inmediación" en vano". Diario La Ley, N° 5768. Sección Doctrina, 25 Abr. 2003. Madrid. La cursiva es nuestra.

concepción. En el caso del juez su percepción sólo tiene sentido, como mínimo, cuando es interpretada de forma *coherente* desde el “*iura novit curia*”.

Tratar la *inmediación* aisladamente sin una mínima reflexión epistemológica conduce a resultados escasamente consistentes jurídica y epistemológicamente.

Respecto de los *medios de prueba* sólo cabe hablar de *inmediación* metafóricamente, pues lo que realmente existe es una **mediación** *cognoscitiva* entre el **sujeto** (Tribunal) y el **objeto** del proceso. No por otra razón se habla de **medios de prueba** porque son *mediaciones* y *lo mediado se opone*, por tanto, a *inmediato*. La paradoja está en hablar de *inmediación perceptiva* respecto a algo que está mediando entre un objeto y un sujeto. Sólo respecto al conocimiento mediado por una teoría o una hipótesis y por un conjunto de normas cabe hablar de *procesos cognoscitivos reflexivos, interpretativos y valorativos*.

Igualmente, presentan mayor afinidad con la tesis aquí mantenida las palabras de Nieva Fenoll:

“La **inmediación**, ciertamente, permite al juez observar al declarante y ver sus reacciones, sobre todo las gestuales. Ahora bien, *resulta simplemente absurdo sostener que de ahí surge una especie de misteriosa intuición*, por supuesto inmotivable y no sometida a crítica, en virtud de la cual el juez sabe perfectamente si el declarante miente o dice la verdad. *Ello es simplemente falso*. Es sencillamente *absurdo* afirmar que porque un testigo sea vehemente, o parezca muy seguro de lo que dice, esté diciendo la verdad, o que esté mintiendo porque titubea, se pone la mano en la cara, suda, se encoje de hombros, desvía la mirada o arquea las cejas” [...] “La actividad valorativa se puede subsumir en esquemas auténticamente racionales, *huyendo de la intuición*”<sup>61</sup>.

Por lo que a las pruebas *no anticipadas ni preconstituidas* se refiere, el tribunal juzgador parece poder “*tomar contacto inmediato*” (*inmediación, oralidad y contradicción*) con los testigos que ya han declarado en la fase de instrucción, los agentes policiales instructores del atestado, con los peritos que realizaron el informe o informes periciales; pero se trata de *operaciones diferentes* de aquellas realizadas en la fase de instrucción<sup>62</sup>, dada la separación en dos fases del proceso

---

<sup>61</sup> Nieva Fenoll, J, “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad”. Diario La Ley, Madrid, Sección Doctrina, Nº 7783, 25 de Enero de 2012. Las cursivas y negrita son nuestras.

<sup>62</sup> “Pero en el proceso penal **el tribunal** está obligado a descubrir la verdad histórica o material y no necesariamente coincidente, por tanto, con la que las partes pudieran representarle. Por esta razón la LEcrim establece una serie de

penal: *instrucción* y plenario o *vista oral*. En realidad en esta última, parece que se neutraliza la *distancia entre la “notitia criminis” con los hechos re-construidos a través de los actos y diligencias procesales (operaciones) de instrucción* y, por tanto, *clausurarían las operaciones instructoras* sustituyéndolas en el *juicio oral* por el supuesto *contacto inmediato*<sup>63</sup>, lo que supone una ficticia *eliminación de la distancia espacio-temporal*, es decir, esa denominada *inmediación* a través del recurso a un *conocimiento inmediato*, puramente fisiológico perceptivo (*vista-oral*) nada menos que en la llamada “*práctica*” y “*formación de la prueba*” en la propia “*vista oral*”. ¿Cabe entender el significado de algo desde la mera percepción visual y auditiva? No.

Tal cosa es posible sólo desde el conocimiento discursivo y, por tanto desde la interpretación que implican la *negación* de la *inmediación* como forma o modo de conocer.

Cuando se indica que la *formación* y la *práctica* de la prueba se llevan a cabo en la “*vista oral*” se está olvidando algo esencial, a saber, que *los medios de prueba* no son más que ***mediaciones*** *construidas que están entre un sujeto y un objeto* y, precisamente por eso, implican la praxis operatoria previa propia de la investigación/instrucción, con respecto a las cuales carece de sentido hablar de *inmediación* del tribunal juzgador.

Por esa razón en la vista oral lo que realmente tiene lugar es *la intermediación* con respecto al conjunto de las *mediaciones que son los medios de prueba*.

“Esto no hace sino poner en evidencia la diferente naturaleza de las *operaciones instructoras sumariales* de aquellas que se realizan en el *plenario* o *vista oral*, a pesar que estas últimas, en la mayoría de los casos, no son sino lecturas u *oralizaciones* de diligencias instructoras plasmadas en el sumario”.

“Téngase presente que el tandem ‘*inmediación-oralidad*’ funciona a pleno rendimiento sólo *ante las pruebas constituendae* (como las declaraciones en la vista), *no ante las pruebas*

---

***correcciones al principio de aportación*** en beneficio de su *modelo dialéctico, el de investigación*. De este modo las partes no son dueñas de la apertura del procedimiento a prueba, debiéndose en cualquier caso, disponer el inicio de las sesiones del juicio oral; asimismo el tribunal puede de oficio proponer la práctica de los medios de prueba, formular su Presidente preguntas a los intervinientes en la misma”.

“La finalidad de la prueba consiste en formar la “***íntima convicción***” del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor de su autor, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso. *Mediante la asunción de esta función los actos de prueba* se diferencian de los *de investigación de la fase instructora*”. Gimeno Sendra, V.: O c, pp 745-746. Negrita y cursiva son nuestras.

<sup>63</sup> Relación “*paratéctica*” o “*ex contactu*”

*preconstituidas* (como puede ser la lectura y discusión de un documento por mucho que éste recoja declaraciones prestadas en fase instructora). Sólo en el primer supuesto cabe hablar de *oralidad*; en el segundo de *oralización*<sup>64</sup>.

Como señala Guzmán Fluja: “Si se acepta que *la instrucción* es un sistema legalmente regulado para hacer acopio de elementos que permitan discernir si ha ocurrido un hecho delictivo entonces puede que en cuanto preparación para el juicio oral, *la instrucción habrá servido para localizar y asegurar las fuentes de prueba que las partes hayan de utilizar para sostener y demostrar sus respectivas hipótesis*” [...]”Entonces, surge la necesidad de una precisión importante. *Los elementos, datos, informaciones, encontrados, recogidos y asegurados durante la instrucción, no tienen una vocación vacía, sino una vocación de entrada y utilización en el juicio oral*. Con ello quiero decir que lo natural, lo normal, lo propio es que entren y se utilicen en el juicio oral”<sup>65</sup>.

Como hemos indicado anteriormente ¿Qué clase de *inmediación* se da con respecto a un informe pericial? En la medida en que es un *informe escrito* realmente *hay inmediación* sólo respecto *al texto* o documento, pero en modo alguno respecto de los actos u operaciones técnico científicas *extra-textuales* realizadas en el laboratorio. En estos casos el **informe** o *documento* constituye una **mediación** entre las *operaciones realizadas en el laboratorio por el o los científicos* y las *partes presentes en el juicio oral* por lo que *no* tiene sentido hablar de *inmediación* y mucho menos de **conocimiento inmediato**.

¿*El informe pericial se ha redactado en el juicio oral*? No, es una *fuentes de prueba* transformada jurídicamente en un *medio de prueba*. Se trata de una prueba *preconstituida* realizada en la fase de *instrucción* y *oralizada* posteriormente en la fase de *plenario* o *vista oral*.

Taruffo<sup>66</sup> considera que la prueba *preconstituida* “*es aquella que se crea antes y fuera del proceso, mientras que es de formación procesal aquella que se forma en el proceso con los procedimientos expresamente previstos por la ley*”. De esta forma es un elemento necesario de

---

<sup>64</sup> Igartua Salaverria, J.: “El nombre de la “inmediación” en vano”. Diario La Ley, N° 5768. Sección Doctrina, 25 Abr. 2003, Madrid.

<sup>65</sup> Guzmán Fluja, V, C.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia 2006, pp 205-206. Las cursivas son nuestras.

<sup>66</sup> Taruffo, M. *La prueba de los hechos*. Madrid, 2005 (traducción de J Ferrer Beltrán), p 468.



la *prueba preconstituida* el que se forma siempre antes de que comience el proceso y no en él<sup>67</sup>. El planteamiento de Taruffo es un claro exponente del *reduccionismo* de la literatura procesalista como hemos visto más arriba: que *reduce* el *proceso penal* sólo a la “*vista oral*”.

Sin embargo, en estos supuestos es suficiente que un *juez instructor* en el uso de sus *competencias normativas* faculte, respetando como no podía ser de otra forma, todas las *garantías*, a través de una *diligencia* la realización de un *análisis de sangre* para que el mismo análisis, que es pura bioquímica o microbiología, se “juridifique”, “*ope legis*”, convirtiéndose de prueba pericial científica en *informe escrito de la verdadera práctica de la prueba*, transformándose así en *prueba documental*, única con relación a la cual, cabe en realidad la *inmediación* entendida como *simple percepción fisiológica del oído y la vista*. He ahí el “*quid de la cuestión*”.

En estos casos, no nos cansaremos de reiterar que el *documento* o *informe* constituye una *mediación* que remite a la *realidad extra textual* o *extra documental* (lo que se ha realizado en el laboratorio) y la información que reciben las partes y el tribunal en la *vista oral*.

La pregunta brota con fuerza ¿**las operaciones extra textuales o extra documentales son o no extraprocesales**? En nuestra modesta opinión, *son parte formal del proceso penal*, pero ubicadas en otra fase, nivel o parte del mismo.

La *preconstitución* de una prueba se origina de una forma no casual sino deliberada por quien la elabora: es decir, hay un elemento intencional y finalista, tratar de acreditar en un momento futuro lo que pasó y cómo pasó, asegurando de paso este conocimiento.

“Pueden distinguirse entre *procedimientos procesales* en los que las pruebas se forman en el *ámbito del proceso* (en cuyo caso se denominan de formación procesal) y *procedimientos extraprocesales* cuando las pruebas se crean fuera del proceso (por ejemplo, por obra de un notario: se habla entonces de pruebas *preconstituidas*”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Guzmán Fluja, O c, p 292.

<sup>68</sup> Taruffo, M. O c, p 378. La cursiva es nuestra.



“El problema principal que se plantea a propósito de la formación de la prueba en el sentido amplio es si existen únicamente procedimientos legales de formación de la prueba o bien si la prueba puede formarse de otros modos, distintos de los regulados por la ley”.

“Una primera y obvia respuesta a estos problemas no puede ser más que negativa, en el sentido que pueden formarse pruebas de muchos modos que no están en absoluto regulados por la ley. Basta pensar que los indicios materiales se forman (se crean) de modos ‘no legales’: la huella de un zapato en el barro o de una rueda sobre el asfalto no se crean ciertamente mediante un procedimiento jurídico, pero tampoco una fotocopidora o una cámara de video funcionan como modalidades jurídicas, y lo mismo puede decirse de una infinidad de elementos de prueba que se crean con modalidades no reguladas por la ley y que son totalmente irrelevantes para esta. También el control sobre la aceptabilidad o autenticidad de estas pruebas se realiza siguiendo modalidades diversas (lógicas, técnicas, científicas) que a menudo son absolutamente extrañas a cualquier regulación jurídica, lo que no excluye a priori que puedan ser utilizadas en la fijación de los hechos”

“Se hace entonces evidente que el área de las *pruebas utilizables en el juicio* no coincide en absoluto con el área de las pruebas cuyo procedimiento de formación/control está regulado por la ley y, mucho menos, con el área de las pruebas destinadas ser formadas (o controladas) en el proceso”<sup>69</sup>

En el caso de la *prueba preconstituida*, no parece que el tribunal de la *vista oral* pueda estar presente (salvo por ubicuidad) en su *construcción operatoria*, por lo que hablar de *inmediación* en este caso no deja de resultar extravagante.

La ubicación del principio de *inmediación*<sup>70</sup> en la *vista oral* obedece a la lógica jurídica del principio acusatorio, pues como reitera la literatura procesal *el instructor no es órgano*

---

<sup>69</sup> Taruffo, M, O c, 378-379. Las cursivas son nuestras.

<sup>70</sup> El principio **de inmediación probatoria** debe analizarse desde una doble óptica: subjetiva y objetiva; conforme a la primera se trata de garantizar que *el juzgador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios*. Desde el punto de vista objetivo, la inmediación garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendada por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar. **El principio de inmediación es la base del juicio oral y de la prueba practicada en él**, de modo que sólo podrá dictar sentencia el Juez o

sentenciador. “Lo actuado en la instrucción debe ser desconocido para el juez de la decisión”<sup>71</sup>. Sin embargo, las operaciones realizadas en la fase de *instrucción/investigación* se utilizarán en el juicio oral; es más, *sin ellas no cabe vista oral*.

El presunto *valor probatorio de las diligencias de investigación/instrucción* parece estar ligado, entre otras cosas, al binomio *repetibilidad/irrepetibilidad* de las mismas. Una diligencia de investigación puede alcanzar valor probatorio cuando hayan concurrido en su realización la contradicción y la presencia del juez de instrucción, cuando sea irrepetible e irreproducible en el juicio oral y se introduzca en éste mediante *la lectura del acta*, según reza en la legislación española el artículo 730 LECrim.

Hablar de *repetibilidad* o de *no repetibilidad* implica que el acto de que se trata sea el mismo acto; sin embargo, *no se puede repetir aquello que no es igual o que no es lo mismo*. Las diligencias de investigación no se realizan en la vista oral, son actos que nunca se harían en el juicio oral: la diligencia de entrada y registro no se puede realizar en la vista oral, no se interceptan las comunicaciones en la vista oral, no se analiza una sustancia, no se traslada al perito con su laboratorio a la vista oral. Sin embargo, todo esto debe explicarse en él<sup>72</sup> a través de su verbalización u oralización.

Utilizar un medio de prueba no es reproducir operatoriamente una diligencia de investigación; admitir lo contrario sería entender que hay casos en que las diligencias de instrucción son operaciones repetibles en el juicio oral, dada su eventual o posible semejanza. Precisamente por esa razón, la doctrina y la jurisprudencia diferencian con especial énfasis entre las fuentes de prueba y los medios de prueba, siendo sólo utilizables en la “vista oral” los segundos;

El cambio de “escenario”, por seguir con el mismo ejemplo (Laboratorio/Sala) no supone solamente un cambio espacial, sino el cambio del **plano fenoménico** (las operaciones técnico-científicas realizadas en el laboratorio a un **plano esencial** (la oralización y posterior valoración) por cuanto son las *reglas jurídicas las que envuelven esas operaciones científico técnicas*

---

Magistrado que haya presenciado efectivamente la prueba en el juicio oral. Miranda Estrampes, M, O c, pp 293 y ss. En el mismo sentido Moreno Catena, V y Cortés Domínguez, V.: *Derecho Procesal Penal*, 6ª, Valencia, 2012.

<sup>71</sup> Guzmán Fluja, Vicente, O. c, pp 206-207. Las cursivas son nuestras.

<sup>72</sup> Guzmán Fluja, Vicente., O c, pp 210-211.

*atribuyéndoles relevancia jurídica. Por esta razón vista-oral en “la sala” es el último escenario procesal y sólo en él sólo en se constituye o no el delito.*

El término *irrepetibilidad* no puede llevar a *identificar las operaciones de investigación, el medio o medios de investigación (fase de investigación)*, con la praxis operatoria que implican los denominados medios de prueba, ni puede llevar a considerar que un acto de investigación se convierta en su correlativo de prueba. Esto sería una metamorfosis que *acentuaría la identificación* entre fase de instrucción y fase de juicio oral; por lo tanto, hablar de repetición de la prueba es un *error*<sup>73</sup>.

En estos distintos espacios (*instrucción/juicio oral*) está ejercitándose la distinción entre *las fuentes de prueba, medios de prueba, formación de la prueba y práctica de la prueba*, las dos últimas, paradójicamente, se llevaría a cabo en *la vista oral*. Sin embargo, las *condiciones de posibilidad* de esta última se encuentran constituidas por los distintos y diferentes cursos operatorios que confluyen y convergen en la fase de *investigación/instrucción*, es decir, en el *sumario*.

Sin embargo, nótese que *medio de investigación y medio de prueba son* instrumentos para extraer información de una *misma fuente de prueba* con finalidades distintas. Sin embargo hay una *secuencia operatoria* entre fuentes de investigación, medios de investigación y formación y práctica de la prueba entre los que se da una conexión necesaria, pero con respecto a los cuales el *principio de inmediación* no puede jugar la misma función; es más ninguna de las dos formas de *inmediación, objetiva y subjetiva*, diferenciadas por Goldschmidt, a las que nos hemos referido más arriba, se pueden ejercitar realmente, por cuanto ***los medios de prueba son precisamente eso mediaciones***, por tanto lo que en realidad existe en el juicio oral es una *inmediación con respecto a las mediaciones que son los medios de prueba*.

---

<sup>73</sup> O c, p 212.

## 6.- INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS E INMEDIACIÓN.

Es sólo en la “*vista oral*”<sup>74</sup> el escenario, al decir de la doctrina y la jurisprudencia, donde se *practica y forma la prueba* y, tras su *oralización* - por ejemplo, en los casos de la prueba pericial científica o la reproducción de imágenes y sonidos en la *vista oral*-, adquirirán o no pleno valor probatorio *las diligencias de investigación practicadas en fase instructora*. Todo ello, como no, presidido por los principios procesales de oralidad, concentración *inmediación* y *contradicción*, de manera que *toda esa praxis procesal de fijación de los hechos* anterior a la *vista oral* quedará ahora al albur del *debate contradictorio* desarrollado en la Sala para que a través de la contradicción y, en particular, a partir de esa presunta forma de conocer que es la *inmediación*<sup>75</sup> por medio de los sentidos: la *vista* y el *oído*, se produzca la “racionalización” de la *valoración de la prueba* por el tribunal juzgador<sup>76</sup>, con las restricciones que impone la *motivación* de la sentencia.

La realidad desde un punto de vista gnoseológico es muy otra; el *proceso penal* conlleva una *cadena de mediaciones* –el saber del proceso es un conocimiento siempre mediado- *procesales que no se pueden eliminar sin destruir el propio juicio jurisdiccional*. Esta *distancia (apotética)* entre los hechos procesales objeto del proceso penal y la sentencia (*plano esencial*) está *mediada por sujetos y sus operaciones*, es descrita por Ferrajoli recurriendo a una explicación tópica: “De manera no distinta al historiador [el juez], no puede, pues examinar el hecho que tiene la tarea de juzgar y que escapa en todo caso a su observación directa, sino sólo sus pruebas que son experiencias de hechos presentes, aun si interpretables como signos de hechos pasados. Esta diferencia entre ‘experimento’ (de un hecho presente) y ‘prueba’ (de un hecho pasado) resquebraja profundamente el modelo ideal de la verdad procesal fáctica como correspondencia objetiva”<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> ¿No por casualidad la representación icónica, la imagen de “la justicia” es una imagen femenina con una venda en los ojos, cuya interpretación no sólo tendría que ver con la imparcialidad y la igualdad de trato de todos los justiciables sino también con la ceguera como condición de posibilidad del trato igualitario.

<sup>75</sup> En la que se apreciaría, entre otras cosas, los gestos de los testigos, su entonación, su rigidez muscular o la sudoración.

<sup>76</sup> Esta afirmación exige matizaciones importantes a la luz de la evolución de la diferente jurisprudencia sobre la valoración probatoria en el proceso penal como ha puesto de relieve de Andrés Ibáñez.

<sup>77</sup> Ferrajoli, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, 2011, p 53.

El interrogante surge de inmediato: *¿tiene sentido afirmar que la historia estudia el pasado? ¿Cómo estudiar lo que por definición ya no es?* Hablar de “hecho histórico” se presenta como una contradicción por cuanto “hecho” hace referencia a la experiencia presente y el calificativo “histórico” hace referencia al pretérito, del cual es imposible tener experiencia inmediata en el presente.

Sólo suponiendo una cadena de mediaciones práctico operatorias podemos tener acceso al denominado metafóricamente “hecho histórico”, en nuestro caso, del “*corpus delicti*”.

Lo que nos remite al pasado (al hecho histórico) desde el presente son genéricamente las “reliquias”, (huellas, vestigios, etc), esto es, restos humanos, huellas, documentos, etc. En este sentido, por ejemplo, *“el trabajo del arqueólogo consiste en el establecimiento de relaciones entre esa pluralidad de ‘reliquias’ a través del relato histórico, introduciendo en el propio relato las operaciones de los sujetos pretéritos para dar razón de las reliquias presentes, esto es, para identificarlas. Las reliquias aparecen como signos (mediaciones) cuyo significado son los fenómenos históricos. Quiere esto decir que el pasado no se nos presenta como una realidad dada, perfecta, sino como una realidad que está haciéndose o construyéndose”*<sup>78</sup>.

En el proceso penal no se supone sino que se parte de *cursos de acción*, hechos realizados en el pasado por alguien y que han producido un resultado.

Una de las ideas que se reiteran cuando se habla de los hechos en el proceso penal es el relativo a su carácter pretérito y, por ende como se articula su conexión con el momento en que son juzgados. Las relaciones entre los denominados “hechos históricos” su *re-construcción* y la *reinterpretación* de los mismos en el presente, no se puede entender en ningún caso como una concatenación de enunciados (nexo semántico), tal como presuponen autores próximos al análisis filosófico como Ferrajoli, Taruffo o en nuestro país Andrés Ibáñez entre otros. La conexión entre hechos pasados y el momento en que son juzgados y, por tanto, evaluados es de tipo pragmático operacional lo que supone una concatenación de actos (praxis) que implican necesariamente la mediación de operaciones prácticas de distintos sujetos y no sólo la formulación de diferentes tipos de enunciados. Pues resulta algo obvio que el lenguaje es un componente interno de toda interacción social y, por tanto, no es algo externo a los propios cursos operatorios de los agentes jurídicos.

---

<sup>78</sup> Bueno, G. “Reliquias y Relatos: construcción del concepto de ‘Historia fenoménica’”. El Basilisco, 1ª época, nº 1, 1978, Oviedo, pp 5-16.

Esto supuesto, entre la *instrucción* y “*vista oral*”<sup>79</sup> se produce una especie de “*corte epistemológico*”<sup>80</sup> en el sentido de que en esta última se *neutralizan los cursos operatorios desarrollados en la primera de forma que en la segunda (vista oral) tales cursos operatorios pasan a ser oralizados o verbalizados*.

Como hemos indicado anteriormente, la sustitución de los *nexos apotéticos* (relaciones a distancia mediadas por operaciones) por *nexos paratéticos*, es decir, nexos de contigüidad o relaciones de contacto, *va ligada internamente al principio de inmediación*. De esta forma es posible diferenciar, gnoseológicamente, *la instrucción y la vista oral*, pero mientras en la *vista oral* las operaciones se realiza en virtud de unas supuestas *relaciones de contigüidad (conexiones paratéticas)* con las pruebas y las partes procesales a través del debate contradictorio, en *la instrucción* las relaciones se establecen a distancia del objeto procesal a través de mediaciones (*conexiones apotéticas*) en las que se re-construye progresivamente ese objeto, merced a la mediación de operaciones normativizadas que modulan *el proceso cognoscitivo del propio proceso penal como institución jurídica*.

*La cognición del instructor*<sup>81</sup> aparece para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia como una *cognición contaminada*, infecta, precisamente porque *conoce los hechos* al tener que *re-construirlos* a la luz del derecho (*iura novit curia*) produce una supuesta *parcialidad* en su labor de contribución a la determinación progresiva del *objeto del proceso penal* y en la concreción de

---

<sup>79</sup> “El *Coded’instruction criminelle* de 1811 intentó una mediación entre ambos modelos con el llamado **proceso mixto**, constituido por una primera fase, **la instrucción** (escrita y secreta, por tanto inspirada en el método inquisitorio) y por una segunda fase, **el juicio** (oral y pública, o sea fundada en el método acusatorio). Pues bien, si el **modelo mixto** refleja --como parece-- la situación vigente entre nosotros, *queda por ver cómo se distribuye el fenómeno probatorio entre las dos fases apuntadas **instrucción y juicio***”.

“El recorrido probatorio se segmenta en tres etapas: **búsqueda** (de las fuentes de prueba), **formación** (de la prueba) y **crítica** (de la prueba). Y de conformidad con el espíritu del *modelo acusatorio*, es claro que la **formación** (no sólo la «crítica») de las pruebas se inscribe en el marco de la segunda fase, **el juicio**”. Igartua Salaverria, J.: “El nombre de la “inmediación en vano”. Diario La Ley, Nº 5768. Madrid. Sección Doctrina, 25 Abr. 2003.

<sup>80</sup> Utilizo ésta expresión en forma metafórica dado que el núcleo verdaderamente estable que se hace presente bajo las diferentes metáforas del “*corte epistemológico*” es *la idea de discontinuidad*.

<sup>81</sup> La figura del juez instructor- investigador ha sido criticada ferozmente (“concesión vergonzante a la mentalidad inquisitiva” o “contradicción viviente”), por Tomas Vives Antón, *La reforma del proceso penal* II, 1992, Valencia. pp 111 y 117. Como he puesto de relieve anteriormente esta cuestión tiene una doble dimensión: político-jurídica y gnoseológica. Con frecuencia por razones ideológicas se superpone una a la otra.

su autor a través de operaciones jurídico procesales, que hacen referencia tanto a la *praxis procesal* que en este punto está *indisolublemente ligada al derecho penal sustantivo*.

La *comprensión de una acción o hecho* no acaece en un vacío de parte del intérprete, como si fuera una “*tábula rasa*”, por el contrario, el juez o tribunal *sólo llega a conocer los hechos o acciones en la medida que los interpreta* desde el binomio: **típicos** o **atípicos**. Este es el sentido de *pre-comprensiones normativas* o “*prolepsis*”, ese es el sentido del “*iura novit curia*” en cuanto *representación inserta en las normas jurídicas* que no pueden serlo del fin en cuanto referido a un objeto futuro, que no existe aún, pero sí de un hecho “*apotético*” *presente*, de la misma clase de acciones. La *tipicidad* se refiere precisamente a *clases de acciones*.

Es precisamente en este contexto en el que puede darse el *debate contradictorio* constitutivo del *juicio oral* en el que se pueden *contrastar* lo que podríamos denominar “*hipótesis investigadoras/instructoras*”. A partir de ahí, el tribunal puede formular todo el *razonamiento* justificatorio que implica la *motivación de la sentencia*.

## 7.- ¿CONOCIMIENTO INMEDIATO?

En sentido amplio, el principio de inmediación significa la más estrecha relación entre el juez que debe resolver la contienda y las partes, el objeto y los medios probatorios, desde que se inicia el proceso hasta el momento de dictar sentencia<sup>82</sup>.

Esto supuesto, la *inmediación* expresa *proximidad o contigüidad a algo*<sup>83</sup>, *cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un modo de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate*<sup>84</sup>. La *inmediación* está particularmente vinculada a los principios de

---

<sup>82</sup> González Montes, F.: “Inmediación”. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, Vol III, p 3605.

<sup>83</sup> En palabras de Carnellutti: “el principio de *inmediación* se puede resumir en un lema: *abreviar la distancia, y por consiguiente acercar todo lo más posible el juzgador a las partes y a los hechos debatidos*”. *Trattato del Processo Civile*. T. I, Napoles, 1958.

<sup>84</sup> “El vocablo *inmediación* expresa convencionalmente **proximidad o contigüidad a algo**, *cercanía física a un objeto material* que es susceptible de convertirse en un **método de conocimiento** e interacción con el objeto de que se trate”. Cabezudo Rodríguez, N, “Aproximación a la Teoría General sobre el Principio de Inmediación Procesal. De



*oralidad y contradicción*. En este sentido se le considera *un principio ligado indisolublemente a la posición del juzgador de hallarse en contacto inmediato* con los demás sujetos que intervienen en el proceso, comprendiendo todas esas perspectivas, como el contacto permanente del juez o jueces con todos los elementos del proceso aptos para formar su *convicción racional*, ya fueran subjetivos, ya objetivos<sup>85</sup>.

La racionalidad de la convicción judicial presumiblemente se fundará *en datos supuestamente percibidos en forma directa en la vista oral* y gozará, también presuntamente, de una *fiabilidad* comparativamente mayor que la obtenida por cualquier otra vía de adquisición de esos conocimientos e informaciones, simplemente porque será *la más próxima a los hechos cuya realidad se pretende comprobar con todas las garantías procesales*. En ello radica la trascendencia del *principio de inmediación* que sólo *operaría en la fase de plenario o "vista oral"* y nunca en la fase instructora.

*"Así las cosas, la inmediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de esta; de ahí que en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho. Este imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir ese acto materiales de la instrucción"*<sup>86</sup>.

---

la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto". *Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal*, 2008. Universidad de Valencia, Volumen 2, pp 317-328.

<sup>85</sup> Sin embargo como indica Andrés Ibáñez: "ocurre que la manera de entender la *práctica de la **inmediación** en el tratamiento de las pruebas personales* ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de *libre convicción*. Entendido éste como forma de captación *emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba*, como una suerte de *contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación haciendo imposible cualquier modo de racionalizar tal proceso de obtención del conocimiento*. La consecuencia es que – conforme a ese punto de vista - 'lo visto y oído' por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justificable sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia. Ni siquiera en el caso de una registro literal del interrogatorio, que nunca podría extenderse a aspectos gestuales de la comunicación de los que el juez o tribunal habría sido espectador privilegiado y exclusivo" Andrés Ibáñez, P. Andrés Ibañez, P. *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires 2007, p 156. Las cursivas y negrita son nuestras.

<sup>86</sup> Andrés Ibáñez O c, p 157.

No obstante, epistemológicamente, *el juicio oral*, sin la *mediación de la instrucción* sumarial no podría existir; dicho de manera más contundente, *la instrucción sumarial es condición de posibilidad de la “vista oral”*, esta no puede existir sin la cadena de operaciones procesales no recursivas realizadas por diferentes sujetos operatorios gobernados y controlados por juez el instructor.

La *inmediación* sólo tiene sentido en la *vista oral* en cuanto esta supone un *debate contradictorio*. La pregunta clave es *¿sobre qué se debate? ¿Cabe realmente un debate contradictorio sin el sumario?* La *inmediación es condición necesaria de un proceso discursivo contradictorio y reglado* entre sujetos presentes en el juicio oral, a través del cual se lleva a cabo, en terminología procesal, *la formación y la práctica de la prueba* con todas las prevenciones hechas en páginas anteriores.

La *inmediación* tiene que ver, pues, con el carácter de relación de *contigüidad*, es decir, supuestamente *no mediado*, de las relaciones entre ellos (los sujetos procesales) y de estos con el objeto del proceso.

Sin embargo, la *inmediación* sólo tiene sentido en la “*vista oral*”, entendida como presencia física de las partes y el tribunal realizándose en un *debate contradictorio mediado por el sumario*, en cuanto negación de la posibilidad de un *conocimiento inmediato* en el juicio oral. Es precisamente *la información sumarial la que se somete a debate contradictorio*.

*En efecto, tanto los medios de prueba como el sumario no son sino las mediaciones con respecto de las cuales se predica la inmediación en el juicio oral.*

Sin embargo, *no hay un conocimiento privilegiado* que sea accesible por la posición en que alguien se ubique en un escenario (la sala), puesto que el *conocimiento es necesariamente mediato*.

“Las razones que subyacen en esa postura tendente a garantizar la eficacia del principio de inmediación tienen mucho que ver con *la valoración de los diferentes métodos de conocimiento posibles*. Si como sostiene Carnelutti ‘el problema de la estructura del proceso está dominado por el fin de poner lo mejor que sea posible al juez en condiciones de conocer la litis, *la inmediación se nos aparece como una clase de disposición espacial y personal que facilita la formación del juicio de valor distintivo de toda decisión jurisdiccional, consistente en la asunción del método científico de conocimiento en el desempeño de esa función*’<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Cabezudo Rodríguez, N. O c.

El conocimiento humano es siempre mediado. Precisamente por esa razón, *el juez instructor* siempre conocerá a través de *mediaciones*, su forma de conocer está siempre mediada; sin embargo, tales *mediaciones cognoscitivas* producirían, paradójicamente, *el efecto de contaminar al instructor* por sus conocimientos  *fácticos y jurídicos*, conocimiento, por supuesto, *parcial* según la doctrina y la jurisprudencia.

Por el contrario, *el tribunal de la “vista oral”* actuaría, supuestamente, con una inteligencia *“tanquam tabula rasa”* con respecto a los denominados *“hechos”* de manera que a través de *la percepción sensorial* (vista y oído) *inmediata* conocerá no sólo aquello que se esté realizando o produciendo en la Sala sino incluso lo acaecido en el pasado extramuros de la propia Sala.

Tal planteamiento a cerca de la *inmediación* parece un reducto ideológico y metafísico psicológico, puro mentalismo. Toda concepción gnoseológica que admita la *inmediación* como medio de conocimiento en el escenario de la “vista oral”, resultará o mítica o ideológica pues no existe conocimiento inmediato.

Como indica Andrés Ibáñez:

*“La inmediación, la relación de proximidad espacio-temporal, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción íntima - extrasensorial casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones- de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento”<sup>88</sup>*

---

<sup>88</sup> Andrés Ibáñez, P. Ibidem. Las cursivas y negritas son nuestras. Ahora bien conviene señalar que la *inmediación* tal como es presentada por el autor en el párrafo citado, nos hace recordar que **no existen hechos observables** sino que toda observación presupone una cierta pre-interpretación, pre-comprensión y unos pre-juicios proyectados desde el horizonte propio del sujeto que observa. **Toda observación implica un marco teórico.**

Esto supuesto, en el contexto procesal sólo tiene sentido hablar de *hechos interpretados*. Ahora bien, *interpretar no es, como se pretende, incluir o subsumir unos hechos singulares en un concepto genérico o categoría general*<sup>89</sup>. La interpretación en el proceso penal *implica una concatenación de operaciones prácticas indisolublemente ligadas*, de manera que *no están por un lado los hechos y por otra los tipos penales y el intérprete que se limita simplemente a subsumirlos en una categoría jurídico-penal*, tal planteamiento no deja de ser más que una simplificación producto de reducir un plexo de operaciones prácticas a enunciados lingüísticos. La subsunción, presupone una taxonomía de cursos operatorios cuyo ejercicio y representación han sido previamente seleccionados por oposición a otros, por tanto, va precedida y concatenada con otras prácticas previas, sin las que no es posible la operación de incluir y clasificar.

La *inmediación* no es un modo o forma de conocimiento, ni de formación de la prueba sino que es un *principio*, al menos en el proceso penal, que determina y condiciona *la posibilidad de un debate o discurso contradictorio* entre las partes *fisicamente presentes*, los testigos, los peritos, etc.

La auténtica dimensión de la *inmediación* consiste en *ser condición de posibilidad del discurso contradictorio que implica la vista-oral* en la medida en que el *debate* se puede asimilar a un cuestionamiento (tematización) de las hipótesis contenidas en el sumario.

En ese *debate contradictorio* entre partes presentes, el Tribunal puede intervenir dada la *contigüidad física* de las partes con el Tribunal. El *debate contradictorio* sólo es posible por la *presencia física inmediata* de aquellos que se van a enfrentar verbalmente. Y en tal contexto es donde potencialmente *se constituye o no el delito*, es decir, el tribunal será el que después de debate contradictorio sobre todo lo actuado en el escenario de la *Sala* dictará sentencia *constituyendo el delito* (culpabilidad) o *negándolo* (inocencia).

Ahora bien, tal como hemos tratado de poner de manifiesto esto no sería posible sin la investigación/instrucción previa, sin ella la *vista oral* sería imposible.

---

<sup>89</sup> González Lagier, D. "Interpretar un hecho, por tanto, es una operación cuyo resultado es la subsunción de dicho hecho individual en una clase genérica de hechos. Es necesaria una enorme red de conocimientos para realizar la subsunción". *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima, 2005, p. 29. Sobre la *calificación jurídica*, pp. 41 a 44.

## 8.- CONCLUSIONES.

Sea el tribunal de la de la razón jurídica encarnado en ese ente abstracto que denominamos “doctrina” el que juzgue el fundamento de las conclusiones que aquí formulamos.

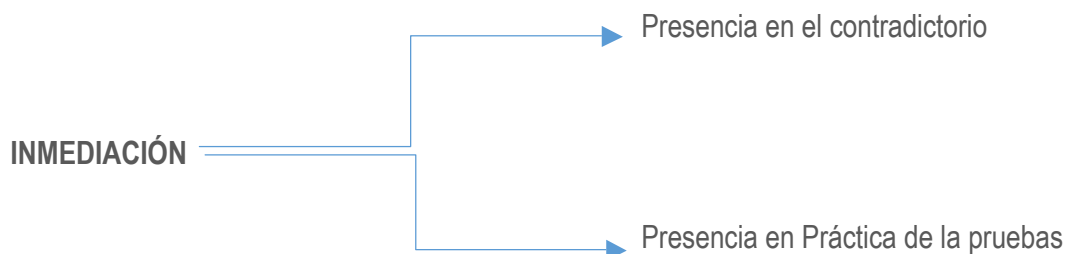
1. El verdadero sentido de la inmediación en el proceso penal no es otro que la necesaria *presencia* del juez o tribunal en el *juicio oral* y en ciertas actuaciones instructoras no en todas.
2. La inmediación entendida como mero *proceso fisiológico de percepción sensorial* (vista y oído) no produce ni puede producir conocimiento alguno.
3. Todo proceso cognoscitivo racional se realiza desde un *marco teórico* que *permite interpretar*. Ese marco teórico está constituido en el caso del juez no sólo por el *conocimiento del Derecho* en sentido amplio sino por la interpretación que desde el mismo realiza de los hechos. El juez sólo conoce “*sub specie iuris*” y desde ahí *interpreta los hechos* y los valora, de la misma que interpreta las normas y los hechos en cada procedimiento.
4. *En el proceso penal se construye el objeto del proceso* en dos fases: instrucción y vista oral. Es en esta última donde *se constituye o no el delito*.
5. El proceso penal es una totalidad cuyas partes están *disociadas* no separadas.
6. La instrucción sumarial en el proceso penal puede dar lugar a la apertura de juicio oral. Si esto es así:
  - a) La instrucción se convierte en el sustrato que hace posible la el juicio oral;
  - b) La *instrucción está mediando y en ese sentido está dando unidad el juicio oral*.
  - c) La instrucción supone distintos cursos de operaciones o actos procesales destinados a reconstruir los hechos pasados.

7. Con respecto a las pruebas en la vista oral existe *inmediación* en el sentido explicado en 1. No puede existir *inmediación* primero, porque las *propias pruebas son mediaciones* y segundo porque el *conocimiento inmediato* no existe o existe sólo en las fases más primarias de evolución del cerebro humano.
8. *Todo conocimiento humano es conocimiento conceptual e interpretado.*

## ESQUEMA

*Instrucción/Sumario* =  $\{A_1+A_2+A_3+A_4 +A_5....A_n\}$  Reconstrucción por *unión, intersección y/o separación* del *hecho u hechos objeto del proceso penal* a través de diferentes cursos de operaciones procesales o actos procesales normativizados en la ley procesal, con *presencia o no del juez instructor*. La *instrucción* forma una totalidad indisociable del *juicio oral*.

*Juicio Oral*: debate *contradictorio* oral entre las partes en presencia del Tribunal juzgador. *Inmediación* en sentido estricto.



1. El debate contradictorio que implica la vista oral sólo es posible por la existencia de una *instrucción* previa plasmada en sumario.
2. La vista oral está *mediada* por el sumario. Luego el sumario se interpone, media entre los actos de averiguación del delito y el juicio oral.
3. Por tanto, necesariamente, la vista oral está *mediatizada o mediada* por la *instrucción sumarial* que centrará el contradictorio.